



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA IN ISTITUZIONI E
POLITICHE AMBIENTALI, FINANZIARIE,
PREVIDENZIALI E TRIBUTARIE
XXVI° CICLO**

TESI DI DOTTORATO

***APPALTI PUBBLICI E OBBLIGHI
DEL DATORE DI LAVORO***

Tutor:

Prof. Francesco Santoni

Coordinatore:

Prof. Fabrizio Amatucci

Candidata: Dott.ssa Maria Silvestro

A.A. 2013/2014

INDICE

| | |
|---------------------|----------|
| INTRODUZIONE | 5 |
|---------------------|----------|

CAPITOLO I

REQUISITI GENERALI DI PARTECIPAZIONE AGLI APPALTI PUBBLICI E TUTELA DEL LAVORATORE

| | |
|--|----|
| 1. Generalità | 8 |
| 2. La regolarità contributiva | 10 |
| 3. Segue. I residui margini di discrezionalità della stazione appaltante | 18 |
| 4. Il rispetto delle norme sulla sicurezza | 23 |
| 5. L'osservanza della normativa sul diritto al lavoro dei disabili | 29 |
| 6. Segue. La dichiarazione di ottemperanza | 33 |
| 7. Segue. L'attività di verifica della sussistenza del requisito | 37 |
| 8. L'AVCPass e la Banca Nazionale dei contratti pubblici | 38 |

CAPITOLO II

LA PROTEZIONE DEL LAVORATORE NELLA DETERMINAZIONE DEL VALORE ECONOMICO DELL'APPALTO E NELLA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA

| | |
|--|----|
| 1. Generalità | 41 |
| 2. Il costo del lavoro negli appalti pubblici | 44 |
| 3. La verifica dell'anomalia dell'offerta | 50 |
| 4. Segue. I trattamenti salariali inderogabili <i>ex art. 36</i> dello Statuto | 55 |

dei lavoratori

5. Valore dell'appalto e tutela della sicurezza sul lavoro 60

6. Segue. L'adeguatezza del valore dell'appalto e la congruità
dell'offerta rispetto ai costi della sicurezza 63

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEL COMMITTENTE E DELL'APPALTATORE

1. Generalità 69

2. Il quadro normativo 73

3. Il regime di solidarietà negli appalti pubblici 82

4. Segue. La solidarietà fiscale 89

5. L'operatività della garanzia generale ex art. 1676 c.c. 91

6. L'Intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di
inadempienza contributiva e retributiva dell'esecutore e del
subappaltatore 101

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE 108

BIBLIOGRAFIA:

- AUTORI 115

| | |
|------------------|-----|
| - GIURISPRUDENZA | 122 |
| - PRASSI | 129 |

INTRODUZIONE

L'azione legislativa diretta a predisporre le misure idonee a realizzare la più ampia tutela dei lavoratori nell'ambito degli appalti pubblici si è particolarmente intensificata negli ultimi anni.

Si è andato così configurando un *corpus* normativo specificamente riferito agli appalti in cui sia contraente la Pubblica Amministrazione, finalizzato a contemperare le opposte esigenze di rispetto delle disposizioni lavoristiche, da un lato, e di contenimento della spesa pubblica, dall'altro.

Per un verso, la partecipazione alle gare d'appalto è stata subordinata al possesso di numerosi requisiti considerati espressivi di serietà, affidabilità e di capacità economica e finanziaria rispetto all'esecuzione delle prestazioni da affidare, ma anche e soprattutto rispetto all'adempimento degli obblighi datoriali. A tal fine è stato predisposto un sistema di controlli a monte per garantire l'effettiva sussistenza dei detti requisiti.

Su un altro fronte, particolare attenzione è stata dedicata al costo del lavoro che, rappresentando la voce più rilevante ai fini della quantificazione del prezzo dell'opera o servizio appaltati, è stato l'elemento su cui le imprese hanno maggiormente inciso per aggiudicarsi le gare d'appalto, rivelandosi poi inottemperanti agli obblighi retributivi, contributivi e assistenziali previsti dalla legge.

Muovendo dalla considerazione che la Pubblica Amministrazione deve

«essere il model employer»¹ – e, quindi, non può trarre vantaggi economici da condotte illegittime tenute a discapito di soggetti deboli quali i lavoratori, dovendo rinunciare al risparmio legato ad aggiudicazioni sulla base di ribassi irragionevolmente eccessivi – il legislatore ha, infatti, dettato una serie di norme dirette a sottrarre alla logica della concorrenza i costi legati al rapporto di lavoro, nelle componenti salariali e previdenziali ma anche in quelle relative all'adozione delle misure dirette alla salvaguardia della salute e della sicurezza dei lavoratori. Lo scopo perseguito è anche quello di far sì che la selezione delle imprese aggiudicatarie avvenga nel pieno rispetto delle regole della corretta competizione, impedendo l'affidamento di opere o servizi a soggetti che siano avvantaggiati rispetto agli altri proprio dal mancato rispetto degli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro.

Infine, oggetto di molteplici interventi normativi è stato l'istituto della responsabilità solidale negli appalti, diretto a rafforzare il diritto dei lavoratori a vedersi corrisposto quanto dovuto per l'attività lavorativa svolta nell'ambito dell'appalto. L'effervescenza normativa in questa materia ne dimostra la delicatezza per i contrastanti interessi in gioco, vale a dire, da un lato, l'esigenza di favorire l'adempimento dei debiti derivanti dal rapporto di lavoro e, dall'altro, la necessità di evitare che la Pubblica Amministrazione resti esposta, in caso di inadempimento, a conseguenze economiche troppo gravose.

¹Cfr. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. Clausole generali*, in *Ianus*, 2011, 5, p. 218.

Dalle continue rivisitazioni delle norme che regolano la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore emerge, infatti, con chiarezza, l'indecisione del legislatore circa l'estensione o meno agli appalti pubblici del regime della solidarietà previsto per gli appalti di carattere privato, di piena salvaguardia sia del diritto dei lavoratori alla retribuzione e ai trattamenti previdenziali e assistenziali, che di quello degli istituti ed enti pubblici deputati alla riscossione dei contributi previdenziali e assistenziali e dei debiti di carattere fiscale.

Ciascuna delle tematiche menzionate offre numerosi spunti di riflessione in relazione alla matrice comune, ossia la tutela del lavoro, rispetto alla quale, tuttavia, le scelte di politica legislativa non sembrano essere sempre uniformemente orientate.

Da qui l'opportunità di una disamina delle singole previsioni che attualmente integrano il quadro normativo degli appalti in cui committente sia una stazione appaltante² sotto lo specifico profilo della protezione degli interessi dei lavoratori e delle principali questioni alle stesse attinenti, onde verificarne l'organicità e la coerenza, ma anche la compatibilità con i principi cardine del nostro ordinamento e dell'ordinamento comunitario.

²Ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. 163/2006, per "stazioni appaltanti" si intendono le amministrazioni aggiudicatrici – vale a dire le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni, unioni e consorzi – ovvero gli altri soggetti, individuati nell'art. 32, che affidano appalti pubblici di lavori, forniture o servizi oppure concessioni di lavori pubblici o di servizi sottoposti alla disciplina dello stesso decreto.

CAPITOLO I

REQUISITI GENERALI DI PARTECIPAZIONE AGLI APPALTI PUBBLICI E TUTELA DEL LAVORATORE

SOMMARIO: 1. Generalità – 2. La regolarità contributiva - 3. Segue. I residui margini di discrezionalità della stazione appaltante – 4. Il rispetto delle norme sulla sicurezza - 5. L'osservanza della normativa sul diritto al lavoro dei disabili – 6. Segue. La dichiarazione di ottemperanza -7. Segue. L'attività di verifica della sussistenza del requisito - 8. L'AVCPass e la Banca Nazionale dei contratti pubblici.

1. GENERALITÀ

Gli appalti pubblici, così come le concessioni di lavori e servizi pubblici, rappresentano per gli operatori economici una forte attrattiva, attesa la difficoltà di reperire commesse consistenti nell'ambito privato, ma anche la *«ragionevole certezza»* del puntuale adempimento degli impegni contrattualmente assunti da parte delle stazioni appaltanti³.

La Pubblica Amministrazione ha, tuttavia, interesse a selezionare contraenti qualificati, in modo che sia garantita la corretta esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto o della concessione, ma anche il rispetto di tutti gli

³Cfr. *Vademecum Operativo per la gestione degli appalti pubblici* della Regione Lazio reperibile sul sito <http://porfesr.lazio.it>.

obblighi derivanti dagli atti di gara e dalle disposizioni normative comunque applicabili, *in primis* quelle relative al rapporto di lavoro con gli ausiliari impiegati nell'appalto o concessione.

A tale finalità rispondono le norme che limitano la stessa partecipazione alle procedure di gara prevedendo l'esclusione dalle medesime dei soggetti che non possiedano determinati requisiti.

Si tratta di requisiti di ordine generale, che si considerano indicativi dell'affidabilità morale del concorrente, e di ordine speciale, che invece si riferiscono alla capacità tecnica, organizzativa, finanziaria ed economica, del concorrente e il cui possesso dovrebbe essere sintomatico della sua idoneità a realizzare l'opera o espletare il servizio nei termini concordati con l'ente appaltante.

Le cause di esclusione rilevanti ai fini della presente indagine sono quelle di carattere generale e, in particolare, quelle che attengono all'appaltatore quale datore di lavoro. Le stesse sono disciplinate dall'art. 38 del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163⁴, e consistono in situazioni di irregolarità del concorrente rispetto agli obblighi datoriali previdenziali e assistenziali (c.d. irregolarità contributiva) o imposti in tema di sicurezza sul lavoro ovvero rinvenibili nella normativa sui disabili.

⁴Nell'articolo è stata recepita la disciplina di cui all'art. 45 della Direttiva CE 2004/18 e quelle che in precedenza regolavano i requisiti di partecipazione rispettivamente nelle gare concernenti l'affidamento di lavori (art. 75 del D.P.R. 554/99), i servizi (art. 12 del d.lgs. 157/95) e le forniture (art. 11 del d.lgs. 358/92).

2. LA REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA

Il citato Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici), all'art. 38, comma 1, lett. i), esclude dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici i soggetti che abbiano commesso «*violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti*».

L'attestazione del possesso del requisito in parola va fatta, in sede di domanda di partecipazione, mediante dichiarazione sostitutiva, sorgendo poi, a seguito dell'aggiudicazione, l'obbligo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori⁵ di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva (DURC)⁶.

La formula utilizzata, suscettibile di interpretazioni differenti, e l'assenza di precise disposizioni in merito alle modalità e all'oggetto dell'attività di verifica delle dichiarazioni dell'operatore economico ad opera della stazione appaltante, hanno alimentato un notevole contenzioso⁷ che sembra,

⁵La precedente versione della norma prevedeva l'obbligo in capo all'aggiudicatario di presentare il DURC in seguito all'aggiudicazione.

⁶Si tratta del DURC vale a dire il documento di cui all'art. 2 D.L. n. 210/2002, convertito dalla legge n. 266/2002, e di cui all'art. 3, comma 8, D.Lgs. n. 494/1996, definito dall'art. 6, comma 1, del D.P.R. 207/10 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti), come il certificato «*che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché Cassa Edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento*» e che concerne tutti gli appalti pubblici, siano essi di lavori, servizi o forniture.

⁷Cfr. T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, Sent., 2 febbraio 2009, n. 182, in www.giustizia-amministrativa.it, ove sono evidenziati i numerosi «*problemi interpretativi e di*

tuttavia, destinato a un forte ridimensionamento in seguito alle modifiche che hanno interessato la normativa in materia e alle conseguenti pronunce del Giudice amministrativo.

Il Legislatore, infatti, è intervenuto sul testo del citato art. 38 fornendo precise indicazioni anche in ordine alla connotazione che devono presentare le violazioni della normativa previdenziale e assistenziale ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto pubbliche.

Più precisamente, con l'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in Legge 12 luglio 2011, n. 106, è stato rivisitato il comma 2 dell'art. 38 che, nella nuova formulazione, recita: *«ai fini del comma 1, lett. i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva»*⁸.

Ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 38, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la verifica dell'autodichiarazione del candidato concernente la propria situazione debitoria nei confronti degli enti previdenziali, dovrà essere effettuata alla luce della normativa regolatrice del DURC e ai parametri cui la stessa ne ricollega il rilascio.

In questo senso si è pronunciato il TAR Sardegna in una delle prime sentenze in cui si fa menzione della modifica legislativa in parola, ove si chiarisce che la stessa *«ha definitivamente imposto la coincidenza tra le*

coordinamento che sono probabilmente all'origine dei contrasti evidenziati da una giurisprudenza non (...) univocamente orientata».

⁸Sulle «finalità positive e gli obbiettivi sostanziali» del decreto, A. MASSERA, *Il "Decreto Sviluppo"*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 10/2011, p. 1049.

ipotesi che impediscono il rilascio del DURC (fissate dal decreto del Ministro del Lavoro, del 24 ottobre 2007) e la causa di esclusione di cui trattasi»⁹.

La partecipazione alle gare d'appalto pubbliche incontrerà, pertanto, i limiti posti dal citato Decreto ministeriale e, ai sensi dello stesso, sarà possibile, oltre che laddove si appalesi la correttezza degli adempimenti¹⁰, anche quando si configurino irregolarità inferiori alla soglia di «gravità» fissata dall'art. 8, comma 3, del decreto stesso, pari allo scostamento del 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, in caso di scostamento inferiore a 100 euro.

Quanto detto trova conferma anche nella recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per cui *«la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina*

⁹T.A.R. Sardegna, Sez. I, 23 settembre 2011, n. 945 in www.giustizia-amministrativa.it. Lo stesso collegio ritiene che, proprio la modifica apportata al testo della norma, autorizza a pensare che tale regola di diritto non sia ricavabile sulla base della precedente disciplina, di talché, con riferimento alle questioni cui *ratione temporis* continua ad applicarsi, ritiene debba riconoscersi ancora un autonomo potere di valutazione in capo alla stazione appaltante e in capo al giudice il compito di sindacare il comportamento della medesima laddove tale valutazione non abbia compiuto.

¹⁰L'art. 5 del D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, àncora la regolarità contributiva attestata dagli enti previdenziali alle seguenti condizioni:

- a) correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici;
 - b) corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli istituti previdenziali come dovuti;
 - c) inesistenza di inadempienze in atto.
- E prevede, altresì, che la regolarità sussiste e va certificata anche in caso di:
- d) accoglimento della richiesta di pagamento rateizzato (co. 2, lett. a);
 - e) sospensione dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative (co. 2, lett. b);
 - f) istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito (co. 2, lett. c).

del documento unico di regolarità contributiva»¹¹.

Invero, il Consiglio di Stato si spinge oltre, affermando che *«la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto»¹²*. E che, in base alla nuova disciplina, la mancanza di DURC regolare *«comporta una presunzione legale iuris et de iure di gravità delle violazioni previdenziali»¹³*.

Alla luce dell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale appare, pertanto, superato l'acceso dibattito sviluppatosi¹⁴ sulla definizione del concetto di irregolarità contributiva integrante la fattispecie escludente in

¹¹Cons. Stato (Ad. Plen.), 04 maggio 2012, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²Per un commento sulla pronuncia, cfr. H. D'HERIN, *La plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 8; 9, 905, nota a sentenza Cons. Stato (Ad. Plen.), 4 maggio 2012, n. 8. Negli stessi termini anche la recente TAR Lombardia, Sez. III, 08/01/2014, n. 11, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, commentata in G. CASSANO, *Partecipazione alle gare pubbliche e regolarità contributiva*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 4/2/2014.

¹³Il Supremo Giudice Amministrativo sostiene che anche sulla base del precedente assetto normativo – rispetto al quale l'attuale si pone in linea di continuità e non di innovazione – si perviene alle medesime conclusioni, principalmente per l'esigenza di assicurare l'unitarietà e la coerenza dell'ordinamento giuridico che impongono di attribuire un significato uniforme alla nozione di «violazione previdenziale grave»; nozione che non può che essere individuata nella normativa in tema di DURC e, in particolare, nel D.M. 24 ottobre 2007, laddove lo stesso formalmente istituisce una soglia di gravità per le violazioni contributive, sebbene ai fini del rilascio del detto documento.

¹⁴Sulle pronunce distoniche della giurisprudenza sul punto, cfr. F. BERTINI, *Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, vol. XIII, fasc. 11, 1214 ss.; R. CODEBÒ, *Il requisito del DURC in sede di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e appalti*, 10/2010, p. 1184. I. PAGANI, *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità degli inadempimenti contributivi*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2012, 185; M. SILVESTRO, *Valenza del Durc e regolarità contributiva negli appalti pubblici alla luce della modifica apportata dal Decreto "Sviluppo" all'art. 38, comma 2, D. Lgs. 163/2006*, in *Innovazione e Diritto*, 2011, 6, 77.

esame e sulla «*individuazione del momento in cui rileva l'irregolarità*»¹⁵.

Nessuno spazio sembra possa esservi, infatti, per le considerazioni poste a base delle numerose pronunce che, affermando la prevalenza del principio “sostanzialistico”, demandavano alla stazione appaltante il compito di valutare la complessiva situazione debitoria dell'impresa concorrente nei confronti degli enti previdenziali¹⁶ e di decidere – in autonomia e motivando la propria scelta – se la stessa fosse qualificabile come grave, oltre che definitiva, ai fini dell'esclusione dalla partecipazione¹⁷.

L'orientamento in parola escludeva la sussistenza di un unico concetto di regolarità contributiva negando finanche la coincidenza tra il requisito previsto con riferimento al momento della partecipazione alla gara – vale a dire l'insussistenza di "violazioni gravi, definitivamente accertate" – e la correttezza contributiva da accertare in seguito all'aggiudicazione, in base ad un'autonoma valutazione della amministrazione appaltante ma sulla base

¹⁵I. PAGANI, *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità' degli inadempimenti contributivi*, cit.

¹⁶Sul punto v. E. FERESIN, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2011; A. GIUFFRIDA, *La valenza del DURC nelle procedure ad evidenza pubblica: valutazione discrezionale della stazione appaltante*, in *Il Foro Amministrativo TAR*, 2007, VI, fasc. 4, 11, 3360 ss.

¹⁷Tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5186; Cons. Stato Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053; Cons. Stato 3 febbraio 2011, n. 789; Cons. Stato Sez. V, 23 novembre 2010, n. 83; Cons. Stato Sez. IV 15 settembre 2010, n. 6907; Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5896; Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907; Cons. Giust. Amm. Sic., 30 marzo 2011, n. 287; tutte consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Nelle sentenze citate è rimarcato che l'amministrazione appaltante, pur dovendo prendere in considerazione le insindacabili risultanze del DURC, non è tenuta a seguire l'iter logico-giuridico degli enti deputati al rilascio del DURC né ad attenersi alle norme che regolano tale certificazione, vale a dire il D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, in quanto si tratta di una normativa regolamentare che, in quanto tale, non può prevalere sulle disposizioni di legge del codice dei contratti e ha, inoltre, come destinatari unicamente gli enti previdenziali.

delle risultanze del DURC¹⁸. Con ciò ammettendo l'adempimento tardivo di debiti previdenziali, intervenuto nel periodo tra la presentazione della domanda di partecipazione contenente l'erronea dichiarazione di insussistenza di irregolarità contributive e la scadenza del termine per la presentazione delle offerte¹⁹, a condizione che non comportasse la violazione della *par condicio* dei concorrenti²⁰.

Inoltre, l'indirizzo in parola riteneva configurabile in capo al concorrente un autonomo potere di apprezzamento in merito alla gravità/non gravità delle irregolarità contributive eventualmente compiute, per cui il medesimo non avrebbe potuto essere escluso per la sola circostanza di non aver dichiarato tutte le violazioni contributive, omettendo di dichiarare quelle non considerate "gravi", ma solo in quanto la stazione appaltante avesse effettivamente riscontrato a suo carico una violazione grave, in base ad un

¹⁸Cons. Giust. Amm. Sic., 30 marzo 2011, n. 287, *cit.* Nello stesso senso, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907, citate; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 789, *cit.*; Cons. Stato Sez. V, 23 novembre 2010, n. 83, *cit.*

¹⁹Consiglio di Stato, Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8065, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sul tema della regolarizzazione postuma, R. RICCI, *Le irregolarità in sede di gara: spunti di riflessione, in particolare, sulla tematica della regolarità o, meglio, della irregolarità contributiva*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2011 fasc. 2, pp. 511 – 526; G. FERRARI, *Sanatoria di irregolarità contributiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, IPSOA, p. 85, in cui si evidenzia che tale conclusione «rimette l'adempimento dell'obbligo contributivo ad un calcolo di convenienza del soggetto interessato che, essendo venuto a conoscenza in via indiretta del numero dei partecipanti e delle offerte presentate, coltiva una fondata speranza di ottenere l'appalto».

²⁰Consiglio di Stato, Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8065, *cit.*, nella quale si rinviene l'osservazione che l'indagine del giudice amministrativo è preordinata a stabilire «non se formalisticamente c'è stata irregolarità, ma se la stessa denoti una situazione di non meritevolezza che abbia alterato la *par condicio* dei concorrenti in gara».

Sulla tutela della *par condicio* tra i partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica, L. IEVA, *Regolarità contributiva, Durc e Contratti pubblici*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1/2011, p. 33.

autonomo giudizio²¹.

I richiamati principi di fondo e corollari dell'indirizzo in parola non sembrano, invero, compatibili con la nuova formulazione dell'art. 38, comma secondo, del Codice dei contratti pubblici.

È stato, infatti, normativamente cristallizzato il diverso orientamento²² che aveva ricondotto il DURC alla categoria degli atti di certificazione²³ o attestazione redatti da un pubblico ufficiale facenti prova fino a querela di falso, da ciò facendo discendere che la stazione appaltante, non solo non ha alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenuti, ma è vincolata alla stessa certificazione nel senso che, a fronte di un DURC negativo, deve necessariamente escludere dalla gara l'impresa interessata ovvero, nel caso in cui già vi sia stata aggiudicazione, deve revocarla²⁴.

È prevalso, quindi, l'approccio formalistico alla tematica, già riconoscibile

²¹Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale si precisa che, tuttavia, ove il bando preveda che il concorrente debba indicare tutte le inadempienze, una dichiarazione omissiva integra la violazione di una prescrizione del bando, che rende doverosa l'*esclusione* dalla gara. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907, sopra citate.

Sulla questione del "falso innocuo", v. M. G. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2011, p. 683.

²²Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458 e, tra le altre più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531, consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it, ove si evidenzia l'insussistenza di un onere di motivazione del provvedimento di esclusione, nemmeno nel caso fosse basato su irregolarità lievi che, tuttavia, avessero determinato il rilascio di un DURC negativo.

²³Per la definizione di certificazione, v. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, II ed., 1993.

²⁴Negli stessi termini si era espressa anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che, nella Determinazione del 12 gennaio 2010, n. 1, chiariva che «*in presenza di un DURC da cui emerge una irregolarità contributiva grave (...) le stazioni appaltanti sono tenute a prenderne atto senza poterne in alcun modo sindacarne le risultanze*».

nelle sentenze in cui il giudice amministrativo, muovendo da un concetto univoco di regolarità contributiva ancorato all'accertamento degli istituti previdenziali, aveva escluso potesse configurarsi «*un diverso grado di rigidità della disciplina tra partecipanti e affidatari*» affermando che la correttezza contributiva dovesse sussistere al momento della offerta ed essere assicurata, negli stessi termini, anche nei momenti successivi fino al momento della aggiudicazione, nonché per tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale²⁵.

Conseguentemente, in armonia con tale orientamento, la regolarità contributiva va accertata sia con riferimento al momento genetico della gara che a tutte le fasi che precedono l'affidamento ed è «*del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento*»²⁶.

²⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458, *cit.* Nello stesso senso, tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928; Cons. Stato Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147; Cons. Stato Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215; T.A.R. Toscana, Firenze Sez. I, Sent., 2 febbraio 2009, n. 182; tutte consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

Per un commento esaustivo della sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458, citata, F. BERTINI, *Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze*, *cit.*

²⁶ Così Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso, Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458, *cit.*; Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928, *cit.*; Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934 e Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243, pure in www.giustizia-amministrativa.it.

Sul tema, *cfr.* F. GASPARRINO, F. TOSCO, *Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti pubblici*, in *Il Fisco*, 36/2010, p. 5818.

3. SEGUE. I RESIDUI MARGINI DI DISCREZIONALITÀ DELLA STAZIONE APPALTANTE.

Invero, il dato letterale dell'art. 38, comma 2, del Codice dei contratti pubblici – al di là dell'interpretazione giurisprudenziale più o meno autorevole – ha solo fissato i paletti oltre i quali i soggetti interessati non possono andare nel procedimento valutativo della “gravità” delle violazioni ai fini della partecipazione alle gare, individuandoli nelle norme che regolano il rilascio del DURC.

Non esclude, pertanto, in capo all'ente aggiudicatore un, seppure limitato, autonomo potere valutativo²⁷. In particolare, nonostante la succitata pronuncia del Consiglio di Stato, non può dirsi completamente risolto il problema della rilevanza e della insindacabilità del documento unico di regolarità contributiva ad opera della stazione appaltante.

Viene in rilievo, in primo luogo, l'ipotesi in cui il DURC sia stato rilasciato sulla base di presupposti di fatto erronei. Nella fattispecie, ove si riconoscesse al documento un valore certificativo incontrovertibile, l'unica possibilità che avrebbe il concorrente, per evitare di essere escluso dalla gara d'appalto, sarebbe quella di impugnare la certificazione e ottenerne la rettifica da parte degli enti previdenziali prima che la stazione appaltante

²⁷In questo senso, I. PAGANI, *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità degli inadempimenti contributivi*, cit.; M. SILVESTRO, *Valenza del Durc e regolarità contributiva negli appalti pubblici alla luce della modifica apportata dal Decreto “Sviluppo” all'art. 38, comma 2, D. Lgs. 163/2006*, cit.; H. D'HERIN, *La plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto*, in *Urbanistica e appalti*, cit.

assuma le determinazioni definitive in merito alla gara²⁸.

Va, tuttavia, evidenziato l'orientamento dei giudici di Palazzo Spada – sebbene antecedente rispetto alla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria – per cui l'ente che ha bandito la procedura, pur essendo vincolato al rispetto dei parametri di gravità della normativa regolatrice del DURC, deve, «*a fronte di elementi concreti e specifici forniti dal concorrente che siano discordanti con i dati riportati nel DURC (...) accertare l'effettiva entità della violazione contributiva e cioè se essa sia veramente “grave”, tenuto conto delle disposizioni del DM 24 ottobre 2007*»²⁹. Nella pronuncia si sancisce, cioè, l'illegittimità dell'esclusione dalla gara per carenza di motivazione nel caso in cui l'ente appaltante si sia riportato *sic et simpliciter* a quanto certificato nel DURC senza verificare se le violazioni effettivamente compiute abbiano realmente superato i limiti stabiliti dallo stesso decreto ministeriale.

Non può non riconoscersi, pertanto, alla stazione appaltante quantomeno la facoltà di verificare, in contraddittorio con l'impresa, le risultanze della certificazione alla luce degli altri elementi di cui sia venuta in possesso, al fine di evitare l'esclusione dell'operatore economico che si sia visto negare il rilascio di un documento di regolarità positivo per un mero disguido o per errore di uno degli Istituti previdenziali, senza pretendere che lo stesso lo impugni con assai scarse possibilità – dati i tempi ristretti delle gare - di

²⁸F. GASPARRINO, F. TOSCO, *Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti pubblici*, cit.

²⁹Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228, cit.

ottenerne la modifica prima di essere escluso.

Un ulteriore margine di discrezionalità dovrebbe poi essere riconosciuto alla stazione appaltante sulla base della considerazione che la modifica in commento concerne esclusivamente il profilo della “gravità” della violazione e non anche quello della “definitività dell’accertamento”, sotto cui l’irregolarità contributiva pure deve essere valutata³⁰.

Invero, la normativa che regola il rilascio del DURC individua le ipotesi in cui le riscontrate irregolarità contributive non impediscono il rilascio della certificazione in quanto non definitivamente accertate³¹. Proprio con riferimento alle stesse, in alcune pronunce dei giudici amministrativi si rinviene l’affermazione che nel DURC sono attestate, oltre che le violazioni che superano la soglia di gravità fissata nel decreto in parola, «*solo le irregolarità contributive “definitivamente accertate”*»³².

³⁰Sulla questione, cfr. H. D’HERIN, *La plenaria fa luce sull’efficacia del DURC ai fini dell’esclusione dalle gare di appalto*, cit.

³¹Il D.M. 24 ottobre 2007 prevede, infatti, che il DURC possa essere rilasciato, nonostante si configurino situazioni di irregolarità contributiva, in caso di:

- omesso versamento di contributi «iscritti a ruolo per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella amministrativa a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario»(art. 8, co. 1).

- omesso versamento di contributi «non ancora iscritti a ruolo» ove vi sia:

- a) pendenza di contenzioso amministrativo e fino alla decisione che respinge il ricorso (art. 8, co. 2, lett. a);

- b) pendenza di contenzioso giudiziario, sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo l’ipotesi in cui l’Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l’iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio.

³²Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905, cit., in cui, tuttavia, come sopra precisato, si afferma l’autonomia di giudizio della stazione appaltante e il carattere indiziario del DURC.

Come è stato correttamente osservato³³, nel DURC potrebbero, tuttavia, non essere (e normalmente non sono) indicati *«gli elementi istruttori da cui l'ente previdenziale ha desunto (...) il carattere definitivo della violazione»*. E, inoltre, la competenza istituzionale degli enti previdenziali in tema di accertamento delle violazioni previdenziali – sulla quale la giurisprudenza ha fatto leva per giustificare la vincolatività assoluta del DURC – non si estende anche ai *«fatti sui quali si fonda la definitività della violazione (pendenza di contenziosi o adozione di provvedimenti di sospensione) e dei quali gli enti previdenziali potrebbero, in ipotesi, anche essere all'oscuro»*. Alla luce di queste considerazioni, l'accertamento del carattere definitivo dell'irregolarità contributiva sarà compito della stazione appaltante e implicherà il rispetto del contraddittorio con l'operatore economico interessato.

Quanto ai criteri da seguire, è stato sostenuto che la valutazione dell'aspetto in parola dovrà avvenire *«anche in ossequio al principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico richiamato dall'Adunanza Plenaria - sulla scorta degli stessi criteri definiti dal D.M. 24 ottobre 2007»*, cui sopra si è fatto cenno.

Tuttavia, possono ritenersi tuttora valide le considerazioni espresse in alcune decisioni del giudice amministrativo con riferimento alla vecchia versione dell'art. 38, secondo comma, del D. Lgs. 163/2006, per le quali è

³³ Così H. D'HERIN, *La plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto*, cit.

l'amministrazione appaltante a dover valutare, seppure tenendo conto delle certificazioni di cui al DURC, «*se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali*» che dallo stesso emergono³⁴.

Si tenga presente, del resto, che il predetto art. 38 non ha subito modifiche nella parte in cui prevede che, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, si applica l'art. 43 del D.P.R. n. 445/2000, che conferisce alle stazioni appaltanti il potere/dovere di effettuare la verifica del possesso dei requisiti, così come autodichiarati dagli operatori economici, acquisendo d'ufficio le relative informazioni sulla base delle indicazioni fornite dall'interessato circa l'amministrazione competente e gli elementi per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti³⁵.

Si consideri, altresì, che il TAR Lombardia ha recentemente sollevato la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per la presunta incompatibilità del criterio di valutazione previsto per la regolarità contributiva e il principio comunitario di proporzionalità nonché con il canone di ragionevolezza in esso racchiuso³⁶.

³⁴Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053, *cit.*

³⁵Cfr. F.GASPARRINO, F. TOSCO, *Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti pubblici*, *cit.*; I. PAGANI, *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità degli inadempimenti contributivi*, *cit.* ove, a sostegno della tesi, si sottolinea come il rapporto di gerarchia tra le fonti del diritto non consente di ritenere «*che le indicazioni difformi ricavabili dalla fonte di produzione inferiore (decreto ministeriale o ordinanza) possano vincolare la previsione legislativa dell'art. 38, lettera i)*».

³⁶Cfr. TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza 12 luglio 2012 n. 1969, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento sulla pronuncia cfr. I. PAGANI, *I parametri di*

Tanto sul presupposto che *«la regolarità contributiva è un requisito di ordine generale di partecipazione ad una gara ed integra un indice dell'affidabilità, della diligenza e della serietà dell'impresa concorrente e della sua correttezza nei rapporti con i dipendenti»* e, in quanto tale, deve essere apprezzato *«in concreto, ossia tenendo conto delle caratteristiche specifiche dell'appalto da aggiudicare e delle caratteristiche specifiche della singola impresa»*. Mentre così com'è configurato – non modellandosi sull'oggetto e sul valore economico dell'appalto, né sulla struttura dell'impresa che ha commesso la violazione, in relazione al suo fatturato e alla sua capacità economica e finanziaria – non è coerente con i detti principi di proporzionalità e ragionevolezza.

In definitiva, anche alla luce delle considerazioni del Tribunale amministrativo milanese, non sembrano esservi gli estremi per escludere ogni margine di discrezionalità e autonomia di giudizio dell'ente che bandisce la gara, cui solo competerà ogni decisione in merito alla affidabilità o meno del concorrente incorso in violazioni contributive.

4. IL RISPETTO DELLE NORME SULLA SICUREZZA

L'art. 38, comma 1, lett. e), del D. Lgs. n. 163/2006, esclude dalla partecipazione alle gare d'appalto pubbliche i soggetti *«che hanno*

valutazione di gravità degli inadempimenti contributivi e previdenziali al vaglio della Corte di Giustizia, in Urbanistica e appalti, 2012, 12, 1310.

commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio».

La disposizione è finalizzata in primo luogo a garantire la tutela dei lavoratori sotto il profilo della sicurezza e della salute.

Come chiarito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, le infrazioni contemplate sono, più esattamente, quelle «disciplinate da varie normative, nell'ambito delle quali è opportuno citare il d.lgs. n. 14 agosto 1996, n. 494 ed il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, poi confluiti nel d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, (recante il testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), a sua volta da ultimo modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n.106»³⁷. Si tratta, in particolare, di condotte datoriali che espongono i lavoratori a rischi di carattere generale (es. mancata elaborazione del Documento di valutazione dei rischi) o specifici (di caduta dall'alto, di seppellimento, di elettrocuzione, ecc., contemplati dal citato T.U. sulla sicurezza³⁸ e rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale; ovvero le violazioni delle disposizioni penali e amministrative in materia di tutela delle condizioni di

³⁷ Determinazione AVCP del 12 Gennaio 2010, n. 1, *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*, consultabile sul sito internet www.avcp.it. Nello stesso senso, con riferimento alla precedente previsione in materia, identica a quella di cui al Codice degli appalti, Determinazione AVCP n. 16/23 del 2001, pure consultabile sul sito internet www.avcp.it.

³⁸ Individuate nell'allegato I al d.lgs. n. 81/2008, cui fa espresso rinvio l'articolo 14 del citato testo unico.

lavoro, previste dal decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ostative al rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva (D.U.R.C.) per i periodi stabiliti con riferimento a ciascuna infrazione (es. rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, di cui all'art. 437 c.p.; violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro che abbiano cagionato lesioni personali ex art. 590 c.p. o la morte ex 589 c.p.)³⁹.

Invero, la lettera e) dell'art. 38 in esame menziona, tra le fattispecie rilevanti ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto, la violazione di «*ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro*», per cui in dottrina ci si è interrogati sulla operatività della previsione nei casi in cui il datore di lavoro sia inadempiente, nei confronti dei dipendenti, con riferimento ad obblighi diversi da quelli volti alla tutela della salute e della sicurezza dei medesimi quali, in particolare, quello retributivo⁴⁰.

Al riguardo, la giurisprudenza – sotto la vigenza dell'art. 75, lett. e) del D.P.R. n. 554 del 1999, di identico contenuto rispetto alla corrispondente previsione del Codice degli appalti – vanno presi in considerazione tutti gli obblighi posti a carico del datore di lavoro che derivino direttamente dal rapporto con i propri dipendenti, compresi quelli di carattere contributivo e

³⁹Sono le infrazioni di cui all'art. 9, comma 1, del decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007 sul D.U.R.C. (in vigore dal 30 dicembre 2007) specificate nell'allegato A dello stesso decreto.

⁴⁰M. ZOPPOLATO, *I requisiti di partecipazione ad appalti, il regolamento sulla legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000, p. 225.

assicurativo⁴¹. L'interpretazione deve, tuttavia, ritenersi superata essendo l'irregolarità contributiva oggetto di autonoma previsione alla lettera i) dello stesso art. 38, per cui la norma non può che riferirsi alla violazione degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro diversi da quelli contributivi e assistenziali⁴².

Ciò che rileva ai fini dell'esclusione è, in ogni caso, che si tratti di infrazioni "gravi" e "debitamente accertate"⁴³.

Secondo la giurisprudenza amministrativa meno recente, l'espressione "debitamente accertate" va intesa come "definitivamente accertate", non potendo l'esclusione basarsi «*su fonti generiche e indeterminate*»⁴⁴ o su supposizioni⁴⁵, ma solo su «*un accertamento definitivo di tipo giurisdizionale (se la condotta concretizza un reato) o amministrativo (se integra un illecito amministrativo) circa la commissione dell'infrazione e la*

⁴¹Cfr. S. BACCARINI, G. CHINÈ E R. PROIETTI, a cura di, *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè editore, 2011, p. 472, ove si richiamano sul punto, tra le altre, Cons. Stato, V, 12 novembre 2002, n. 6254 e TAR Lazio, Roma II, 6 luglio 2006, n. 5500, entrambe consultabili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

⁴²Determinazione AVCP del 12 Gennaio 2010, n. 1, *cit*.

⁴³Va evidenziato che è stata soppressa, in sede di conversione, la modifica introdotta dal Decreto sviluppo per cui le violazioni rilevanti ai fini dell'esclusione dovessero essere solo quelle "definitivamente accertate". Sulle modifiche apportate dal detto decreto al codice dei contratti pubblici, cfr. I. FILIPPETTI, *L'omessa previsione di un termine per l'aggiudicazione definitiva degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 10, 1215.

⁴⁴Cfr. sul punto, P. LOTTI, *Corte CE e esclusione dalla gara per irregolarità fiscale e contributiva: è necessaria una regola chiara*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 5, 540, in cui si evidenzia la validità della scelta legislativa di collegare l'irregolarità al suo accertamento, fornendo alla stazione appaltante – ai fini del controllo della sussistenza dei requisiti di partecipazione – un criterio più preciso e circostanziato rispetto a quello da seguire per la verifica dell'«*adempimento degli obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale e all'adempimento degli obblighi tributari*».

⁴⁵TAR Veneto, I, 15 aprile 2003, n. 2401, consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it, in relazione alla corrispondente norma di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999.

*gravità della violazione»*⁴⁶. In quest'ottica, condivisa anche dall'Autorità di vigilanza⁴⁷, andrebbero considerati in regola anche i soggetti di cui siano pendenti ricorsi amministrativi o giurisdizionali per le infrazioni contemplate dalla norma che occupa⁴⁸.

L'interpretazione è stata radicalmente ribaltata dall'ultima pronuncia del Consiglio di Stato sul punto, per la quale *«La norma in esame non impone la sussistenza di una violazione “definitivamente accertata” (...) è, pertanto, sufficiente che la violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro sia stata oggetto di una sentenza penale anche non passata in giudicata e che i fatti posti a base della sentenza siano stati, a loro volta, vagliati dall'autorità amministrativa ai fini dell'adozione dell'atto di esclusione»*⁴⁹.

Per quanto concerne, invece, la “gravità”, la stessa è rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante⁵⁰ che deve prendere *«in esame tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo*

⁴⁶S. BACCARINI, G. CHINÈ E .PROIETTI, a cura di, *Codice dell'appalto pubblico*, cit.

⁴⁷Determinazione AVCP n. 1 del 12 Gennaio 2010, cit.

⁴⁸Così Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 716, consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹Cons. Stato, Sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4519, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si precisa: *«Tale interpretazione è confermata anche dal fatto che l'art. 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 aveva modificato la lettera e) dell'art. 38 sostituendo le espressioni «debitamente accertate» con «definitivamente accertate». Tale prescrizione è stata poi soppressa dalla legge di conversione. Il legislatore, pertanto, ha ritenuto opportuno mantenere l'attuale formulazione della norma al fine di consentire, in una prospettiva di rafforzamento delle forme di tutela dei lavoratori, che la stessa possa trovare applicazione anche in presenza di fattispecie in relazione alle quale manchi una statuizione connotata dal crisma della definitività»*.

⁵⁰ Cfr. M. BALDI, *Il previgente regime delle cause di esclusione per reati incidenti sulla moralità professionale negli appalti di lavori e servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 2, 233.

fiduciario quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso (...), le eventuali recidive, il bene leso dal comportamento (...), in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto»⁵¹.

Un cambiamento di rotta si ravvisa in giurisprudenza anche con riguardo alla previsione, pure contenuta nella norma, per cui le infrazioni rilevanti ai fini dell'esclusione siano quelle *«risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio»*, inizialmente interpretata nel senso letterale che le violazioni non previste nella detta banca dati non integrassero la fattispecie *de qua*⁵². Sia l'Autorità di vigilanza, sia le pronunce più recenti, infatti, attribuiscono *«rilevanza, ai fini dell'esclusione, alle informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante»⁵³*, non essendo sufficiente *«ad escludere, in mancanza di una espressa previsione, che l'autorità procedente possa avere autonomamente contezza di fatti idonei, per la loro gravità, ad integrare gli estremi della clausola legale di esclusione»⁵⁴*.

⁵¹ Determinazione AVCP n. 1 del 12 Gennaio 2010, *cit.*

⁵² TAR Veneto, I, 15 aprile 2003, n. 2401, *cit.*, ove si precisa che si tratta di norma recante causa di esclusione da gare di appalto e, come tale, deve essere di stretta interpretazione.

⁵³ Determinazione AVCP n. 1 del 12 Gennaio 2010, *cit.*

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4519, *cit.*

5. L'OSSERVANZA DELLA NORMATIVA SUL DIRITTO AL LAVORO DEI DISABILI

L'attenzione del legislatore per l'esigenza sociale di tutela delle persone svantaggiate e, in particolare, per la promozione dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa dei disabili, trova espressione anche nella normativa degli appalti pubblici.

L'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, pone, infatti, in capo alle imprese, sia pubbliche che private, che intendano partecipare a gare d'appalto pubbliche o che intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, l'obbligo di *«presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione»*.

Originariamente la norma imponeva anche la presentazione di *«apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti»* dalla quale risultasse l'ottemperanza alle norme sui disabili, non più necessaria a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Legge del 25 giugno n.112 che ne ha abrogato la relativa previsione⁵⁵.

L'obbligo è richiamato nel codice dei contratti pubblici che, all'art. 38, comma 1, lett. 1), esclude dalla gara di appalto i concorrenti che non presentino la certificazione di cui all'art. 17, L. 12 marzo 1999, n. 68, salvo

⁵⁵Si tratta del Decreto Brunetta, con cui il legislatore ha recepito l'indicazione fornita dal Ministero del lavoro con la Circolare del 28 marzo 2003, n. 10, sulla necessaria estensione alla fattispecie in questione della disciplina in materia di autocertificazione.

il disposto del comma 2, ossia la possibilità di rendere dichiarazione sostitutiva. Ovviamente, dal coordinamento delle due disposizioni nella loro versione attuale ne deriva che la partecipazione alle gare d'appalto o concessione pubbliche è subordinata alla presentazione della sola dichiarazione del legale rappresentante di aver ottemperato alla normativa in tema di diritto al lavoro dei disabili⁵⁶.

Affinché tale dichiarazione possa essere resa, l'azienda dovrà aver trasmesso il prospetto informativo - sui lavoratori impiegati, su quelli computabili nelle quote di riserva e sui posti e le mansioni disponibili per i lavoratori disabili⁵⁷ - e dovrà avere effettuato le assunzioni previste dalla quota nominativa⁵⁸ sia di disabili⁵⁹ che di categorie protette previste dalla

⁵⁶Tanto, nonostante il comportamento contraddittorio del legislatore che, dopo aver – con l'art. 4 del decreto legge n. 70 del 2011 (cosiddetto Decreto Sviluppo) – modificato questa disposizione allineandola perfettamente all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n.68, ha poi soppresso detta modifica con la legge di conversione n. 106/2011, probabilmente allo scopo di placare le polemiche conseguenti.

⁵⁷È il prospetto previsto dall'art. 9, sesto comma, L. 68/99, dal quale devono risultare il numero complessivo dei lavoratori dipendenti, il numero ed i nominativi dei lavoratori computabili nella quota di riserva di cui all'articolo 3, nonché i posti di lavoro e le mansioni disponibili per i lavoratori di cui all'articolo 1.

⁵⁸In particolare, ai sensi dell'art. 3 della L. 68/99:

«1. I datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad avere alle loro dipendenze lavoratori appartenenti alle categorie di cui all'articolo 1 nella seguente misura: *a)* sette per cento dei lavoratori occupati, se occupano più di 50 dipendenti; *b)* due lavoratori, se occupano da 36 a 50 dipendenti; *c)* un lavoratore, se occupano da 15 a 35 dipendenti.

2. Per i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti l'obbligo di cui al comma 1 si applica solo in caso di nuove assunzioni.

3. Per i partiti politici, le organizzazioni sindacali e le organizzazioni che, senza scopo di lucro, operano nel campo della solidarietà sociale, dell'assistenza e della riabilitazione, la quota di riserva si computa esclusivamente con riferimento al personale tecnico-esecutivo e svolgente funzioni amministrative e l'obbligo di cui al comma 1 insorge solo in caso di nuova assunzione.

4. Per i servizi di polizia, della protezione civile e della difesa nazionale, il collocamento dei disabili è previsto nei soli servizi amministrativi.

5. Gli obblighi di assunzione di cui al presente articolo sono sospesi nei confronti delle imprese che versano in una delle situazioni previste dagli articoli 1 e 3 della legge 23

legge⁶⁰. In alternativa alle assunzioni, il datore di lavoro è ottemperante se ha sottoscritto una convenzione di programma e ne ha rispettato i termini,

luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, ovvero dall'articolo 1 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863; gli obblighi sono sospesi per la durata dei programmi contenuti nella relativa richiesta di intervento, in proporzione all'attività lavorativa effettivamente sospesa e per il singolo ambito provinciale. Gli obblighi sono sospesi inoltre per la durata della procedura di mobilità disciplinata dagli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, e, nel caso in cui la procedura si concluda con almeno cinque licenziamenti, per il periodo in cui permane il diritto di precedenza all'assunzione previsto dall'articolo 8, comma 1, della stessa legge.

6. Agli enti pubblici economici si applica la disciplina prevista per i datori di lavoro privati.

7. Nella quota di riserva sono computati i lavoratori che vengono assunti ai sensi della legge 21 luglio 1961, n. 686, e successive modificazioni, nonché della legge 29 marzo 1985, n. 113, e della legge 11 gennaio 1994, n. 29.»

⁵⁹I disabili che rientrano nelle quote di riserva sono individuati all'art. 1 della citata L. 68/99 laddove è specificato che la stessa si applica «a) alle persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento, accertata dalle competenti commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile in conformità alla tabella indicativa delle percentuali di invalidità per minorazioni e malattie invalidanti approvata, ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 23 novembre 1988, n. 509, dal Ministero della sanità sulla base della classificazione internazionale delle menomazioni elaborata dalla Organizzazione mondiale della sanità; b) alle persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33 per cento, accertata dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (INAIL) in base alle disposizioni vigenti; c) alle persone non vedenti o sordomute, di cui alle leggi 27 maggio 1970, n. 382, e successive modificazioni, e 26 maggio 1970, n. 381, e successive modificazioni; d) alle persone invalide di guerra, invalide civili di guerra e invalide per servizio con minorazioni ascritte dalla prima all'ottava categoria di cui alle tabelle annesse al testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915, e successive modificazioni. 2. Agli effetti della presente legge si intendono per non vedenti coloro che sono colpiti da cecità assoluta o hanno un residuo visivo non superiore ad un decimo ad entrambi gli occhi, con eventuale correzione. Si intendono per sordomuti coloro che sono colpiti da sordità dalla nascita o prima dell'apprendimento della lingua parlata.»

⁶⁰Si tratta degli orfani e dei coniugi superstiti di coloro che siano deceduti per causa di lavoro, di guerra o di servizio, ovvero in conseguenza dell'aggravarsi dell'invalidità riportata per tali cause, nonché dei coniugi e dei figli di soggetti riconosciuti grandi invalidi per causa di guerra, di servizio e di lavoro e dei profughi italiani rimpatriati, il cui status è riconosciuto ai sensi della legge 26 dicembre 1981, n. 763, in favore dei quali è attribuita una quota di riserva, sul numero di dipendenti dei datori di lavoro pubblici e privati che occupano più di cinquanta dipendenti, pari a un punto percentuale e determinata secondo la disciplina di cui all'articolo 3, commi 3, 4 e 6, e all'articolo 4, commi 1, 2 e 3, della stessa legge 68/99. La predetta quota è pari ad un'unità per i datori di lavoro, pubblici e privati, che occupano da cinquantuno a centocinquanta dipendenti.

se ha chiesto l'esonero parziale ed effettuato il pagamento anticipato ovvero se ha ottenuto la compensazione territoriale ed ha rispettato gli obblighi maturati presso la provincia o le province dove è stata autorizzato ad assumere in compensazione. Il datore di lavoro è temporaneamente ottemperante anche se ha semplicemente attivato tutte le iniziative alternative all'assunzione: richiesta di convenzione di programma, richiesta di compensazione territoriale, richiesta di esonero parziale con pagamento anticipato degli oneri previsti⁶¹.

Come ha precisato il Consiglio di Stato, *«La previsione ha un chiaro contenuto di ordine pubblico, e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole delle singole gare, con la conseguenza che il bando, privo di riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato»*⁶².

Infatti, la finalità perseguita dalla legge n. 68/1999, *«della piena socializzazione dei disabili, sul versante dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa»*, trovando diretto fondamento nei principi costituzionali, viene considerata come un valore sociale da tutelare in

⁶¹ Circolare Ministero del lavoro del 26 giugno 2000, n. 41, e art. 8, comma 5, D.P.R. n. 333/2000.

⁶² Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256, consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso, tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4028, consultabile sul sito internet [www.giustizia-amministrativa](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si precisa che il mancato riferimento nel bando agli obblighi derivanti dalla norma legislativa *de qua* non implica la necessità di impugnazione del bando, o una sua illegittima disapplicazione, trattandosi piuttosto di integrare il bando stesso con le previsioni legislative.

quanto tale, per cui il rispetto delle previsioni nella stessa contenute «assume (...) una gravidanza normativa che travalica i più ristretti confini dell'interesse alla regolarità ed alla convenienza economica delle contrattazioni della Pubblica amministrazione»⁶³. Conseguentemente, la loro inosservanza non può ritenersi sanabile alla stregua di una mera irregolarità formale e comporta inevitabilmente l'esclusione dalla gara⁶⁴.

6. SEGUE. LA DICHIARAZIONE DI OTTEMPERANZA.

Posto che l'obbligo sussiste anche laddove il bando non vi faccia riferimento, alla luce della normativa sopra riportata il concorrente, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, dovrà dichiarare – ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. 445/2000 e successive modificazioni ed integrazioni – di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili.

Il medesimo potrà, tuttavia, trovarsi nella condizione di non essere

⁶³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it, per cui «la circostanza che dette imprese siano tenute a dichiarare di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili rappresenta dunque un'importante tutela anticipata del bene-interesse al collocamento dei cittadini più sfortunati». Così pure, *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256, *cit.* e Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4028, *cit.*

⁶⁴ Come precisato dal giudice amministrativo, l'esigenza della certezza del diritto e della tutela della *par condicio* dei concorrenti vincolano l'amministrazione al rispetto della normativa di gara dalla stessa formulata, ma vanno comunque osservati anche «gli obblighi derivanti da altri, superiori, dettati positivi», configurandosi gli atti di gara come atti amministrativi per i quali valgono i principi dell'eterointegrazione precettiva per cui, in modo analogo a quanto previsto nel diritto civile dagli artt. 1374 e 1339 c.c., le lacune dei provvedimenti della P.A. vengono colmate da fonti normative esterne (*cfr.*, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, *cit.*, e 14 maggio 2004, n. 3148, consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it).

assoggettato agli obblighi di assunzione di cui alla legge n. 68/99, occupando un numero di lavoratori inferiore a 15, conteggiati in base ai criteri della suddetta legge, o perché, pur occupando un numero di lavoratori da 15 a 35, non ha compiuto nuove assunzioni dal 18 gennaio 2000.

Al riguardo, l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato è nel senso che *«le imprese concorrenti non tenute all'osservanza della normativa a tutela dei disabili, lungi dall'essere esonerate dal comunicare all'Amministrazione la propria posizione nei riguardi della disciplina in parola, sono comunque tenute a trasmettere, anch'esse al momento della presentazione della domanda, la dichiarazione che attesti l'inapplicabilità alla loro impresa della normativa citata»*⁶⁵. Se così non fosse, del resto, la stazione appaltante, in mancanza di dichiarazione, dovrebbe, già in sede di esame delle domande di partecipazione, verificare se l'impresa occupi un

⁶⁵Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2004, n. 3148, *cit.*, ove la logica esegetica della disposizione viene individuata nella necessità sia di garantire all'amministrazione la conclusione del contratto con un'impresa che osservi la normativa sul diritto al lavoro dei disabili, sia di assicurare l'effettivo rispetto di quest'ultima; finalità che si raggiungono imponendo di fornire in ogni caso la dichiarazione "di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili", anche se l'impresa non rientra nei casi previsti dall'art. 3 della l. n. 68/1999. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3733, consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it, e Circolare del Ministero del Lavoro del 28 marzo 2003, n. 10. *Contra*, TRGA Trento 16 dicembre 2011, n. 317, consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it, per la quale i partecipanti, oltre alla dichiarazione di non essere in nessuna delle situazioni di esclusione (salvo che il bando o le norme di partecipazione prevedano ulteriori obblighi formali) non sono tenuti a produrre un'ulteriore attestazione; ciò soprattutto nel caso in cui l'impresa partecipante non sia assoggettata agli obblighi della L. 68/99 in quanto la certificazione si sostanzierebbe in una dichiarazione di contenuto negativo e come tale irrilevante ed inidonea ad attribuire posizioni di vantaggio o a pregiudicare interessi garantiti dalla legge sui disabili. Le stazioni appaltanti devono, pertanto, applicare nelle procedure di affidamento, il principio di semplificazione attribuendo sicuramente rilievo agli aspetti sostanziali più che a quelli formali a così come sancito dall'art. 46 d.lgs. 163/067.

numero di lavoratori tali da esentarla dall'assunzione dei disabili e una tale incombenza contrasterebbe sia con la lettera dell'art. 17 della L. n. 68/99, sia con i principi di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa di cui agli artt. 97, comma 1, della Costituzione e 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241⁶⁶.

Quanto al contenuto della dichiarazione in discorso, va segnalato l'orientamento per cui, atteso che il secondo comma dell'art. 38 impone ai partecipanti di presentare la mera attestazione di insussistenza delle cause di esclusione, non sarebbe necessario fornire una specifica dichiarazione sui singoli requisiti e, ai fini del discorso che occupa, sui disabili⁶⁷. Di avviso contrario è, tuttavia, il Consiglio di Stato che ha, invece, escluso possa *«essere considerata funzionalmente equipollente agli adempimenti procedurali puntualmente imposti dall'art. 17 della L. n. 68/1999, la mera e generica dichiarazione sostitutiva attestante, in modo omnicomprensivo, l'ottemperanza della disciplina contributiva, previdenziale e di tutela e sicurezza del lavoro»*⁶⁸.

⁶⁶Così, tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4202, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷TAR Lombardia, Sez. I, 15 ottobre 2013, n. 2306, rinvenibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it, in cui è, tuttavia, espressa la consapevolezza del contrario orientamento del Consiglio di Stato. Alla base della convinzione c'è l'assunto per cui la tutela giurisdizionale deve riguardare l'interesse materiale che si assume inciso dall'azione amministrativa, per cui il rilievo attribuito agli aspetti formali deve essere raccordato alla tutela di un interesse pur sempre "sostanziale", altrimenti finisce per *«prestare ossequio ad un mero orpello burocratico»*.

⁶⁸Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 1135 e, nello stesso senso, tra le altre, TAR Lazio Roma, Sez. III bis, 05 maggio 2010, n. 9793 e Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, con nota FERRARI G., TARANTINO L., in *Urbanistica e appalti*, 2010, 7, 861; tutte consultabili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

La questione si pone in termini analoghi con riferimento alle imprese di cui l'aggiudicatario si avvalga nell'esecuzione dell'appalto.

L'obbligo di ottemperare alla normativa sul lavoro dei disabili interessa, infatti, ogni soggetto che a qualunque titolo concorra agli appalti pubblici, in veste di affidatario, sub-affidatario, consorziato, componente di a.t.i. o ausiliario in sede di avvalimento il quale è anzi tenuto, *«in base al combinato disposto degli artt. 49 e 38 dello stesso codice (...) non solo ad essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 38 ma anche a dichiararne il possesso e a fornirne la relativa dimostrazione»*⁶⁹.

L'opinione non è unanimemente condivisa, attese le recenti pronunce dei Tribunali Amministrativi per cui il concorrente non può comunque essere escluso in caso di omissione, da parte delle imprese ausiliarie di cui il medesimo aveva dichiarato di avvalersi, della produzione della dichiarazione in discorso, sempre che dette imprese abbiano reso la dichiarazione di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici e le stesse siano rispettose, sotto il profilo sostanziale, anche delle norme sul diritto al lavoro dei disabili⁷⁰. Tanto sul presupposto sopra menzionato che tutti i partecipanti sono gravati del solo onere di presentare la mera attestazione di insussistenza delle cause di esclusione, senza dover fare riferimento specifico alle singole cause di esclusione. Ma anche sulla base della considerazione che, se anche si ritenesse necessaria

⁶⁹AA.VV., *Omissione di dichiarazione sul rispetto della normativa sul lavoro dei disabili ed esclusione dalla gara d'appalto*, in *Il Quotidiano Giuridico*, n. 22/10/2013.

⁷⁰TAR Lombardia, Sez. I, 15 ottobre 2013, n. 2306, *cit.*

per gli operatori economici offerenti la produzione di un'attestazione specificamente riferita ai singoli aspetti contemplati dal citato art. 38, lo stesso onere dichiarativo non potrebbe essere certamente imposto ai soggetti in rapporto di avvalimento cui – per la diversa posizione – non possono estendersi i rigorosi criteri limitativi propri del concorrente⁷¹.

7. SEGUE. L'ATTIVITÀ DI VERIFICA DELLA SUSSISTENZA DEL REQUISITO.

A fronte della dichiarazione presentata dai concorrenti, l'amministrazione dovrà, nella fase successiva del controllo della effettiva sussistenza dei requisiti di partecipazione e, quindi, della veridicità della dichiarazione in discorso, effettuare i necessari accertamenti presso i servizi provinciali che esercitano le funzioni di collocamento⁷², appurando il rispetto della normativa sui disabili anche sotto il profilo della eventuale asserita inapplicabilità all'impresa della stessa.

A questo proposito si pone il problema, di rilevanza pratica, di individuare le modalità con cui detta verifica va compiuta. L'accertamento presso i

⁷¹ TAR Lombardia, Sez. I, 15 ottobre 2013, n. 2306, *cit.* Nello stesso senso, Cons. Stato 14 febbraio 2013, n. 911, sul sito www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la quale mentre la lettera dell'art. 49 c.c.p. impone al concorrente di allegare «una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38» – (sia pure con specifico riferimento ai requisiti dei soggetti cessati dalla carica), ben diverso e ben più stringente è il tenore della disposizione di cui all'art. 38 relativamente alla dichiarazione che deve essere resa dai concorrenti, per il ruolo assunto da questi ultimi posto che è solo il concorrente aggiudicatario che è chiamato ad eseguire il servizio e solo ad esso è rilasciato il certificato di esecuzione.

⁷² Circolare del Ministero del lavoro Circolare del 28 marzo 2003, n. 10, *cit.*

competenti uffici del lavoro, infatti, non avrà sempre esito positivo posto che i datori di lavoro con meno di 15 dipendenti e quelli compresi nella fascia da 15 a 35 dipendenti presso i quali non è ancora scattato l'obbligo di assunzione, non risultano censiti dagli Uffici categorie protette.

In questo caso, secondo l'orientamento del Ministero del lavoro, la dichiarazione di responsabilità attestante la condizione di non assoggettabilità alla normativa dei disabili non necessita di verifica da parte delle amministrazioni interessate, in quanto i servizi provinciali non custodiscono alcuna documentazione concernente la loro situazione⁷³. Pertanto, solo nel caso ravvisi il *fumus* di un comportamento antiggiuridico, la stazione appaltante potrà dare impulso all'attività ispettiva rivolgendosi alla competente «*Direzione Provinciale del Lavoro - Servizio Ispezione del Lavoro allegando l'autocertificazione presentata dalla ditta*»⁷⁴.

8. L'AVCPASS E LA BANCA NAZIONALE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Le modalità di accertamento dell'esistenza dei presupposti soggettivi previsti per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica muteranno radicalmente a decorrere dall'1 luglio 2014. È stata, infatti, prorogata a tale data l'operatività della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, disciplinata dall'articolo 6-bis, del D. Lgs. n. 163/2006, per cui «la

⁷³Circolare del Ministero del lavoro Circolare del 28 marzo 2003, n. 10, *cit.*

⁷⁴Questa è la posizione rinvenibile nella Nota DPL Padova 12 novembre 2004 n. 16058.

*documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico finanziario per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente Codice è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità» per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*⁷⁵.

Al comma 3 dello stesso articolo è, infatti, statuito che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano l'idoneità dei concorrenti all'affidamento esclusivamente tramite detta Banca dati.

In armonia con la disposizione, l'AVCP ha istituito un sistema informatico denominato "AVCPASS" (Authority Virtual Company Passport)⁷⁶, cui dovranno registrarsi i soggetti che intendono prendere parte a gare d'appalto pubbliche – inserendo poi a sistema i documenti comprovanti l'insussistenza delle cause di esclusione – e cui potranno attingere via web le stazioni appaltanti in relazione alle singole procedure.

Il nuovo sistema di verifica telematica dei requisiti di partecipazione ha

⁷⁵Art. introdotto dal D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, e modificato dal D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.

⁷⁶Come sintetizzato nella relazione allegata alla Deliberazione dell'Autorità n. 111/2012 e specificato nel dettaglio sul portale dell'AVCP, gli operatori economici che intendono partecipare a pubbliche gare d'appalto di lavori, forniture e servizi, dovranno registrarsi indicando a sistema il codice identificativo della procedura di affidamento cui intendono partecipare. Dopo la registrazione, potranno inserire a sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico ai sensi dell'art. 6-bis, comma 4, del Codice Appalti, che confluiranno nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici e che potranno essere utilizzati per tutte le procedure bandite entro il periodo di validità dei detti documenti. Il sistema rilascerà un "PASS", che va inserito nella busta contenente la documentazione amministrativa da produrre in sede di partecipazione alla gara, unitamente alle autocertificazioni sul possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando di gara.

l'indiscutibile pregio di semplificare le procedure di selezione dei contraenti e ridurre gli oneri connessi agli obblighi informativi, ma sembra slegare ulteriormente i criteri di valutazione dei detti requisiti dal contesto specifico della gara in cui vengono in rilievo.

Valgono qui le considerazioni già espresse in merito alla regolarità contributiva, per cui l'attitudine a contrarre con la pubblica amministrazione dovrebbe essere sempre apprezzata alla luce delle caratteristiche della singola procedura e della struttura e delle peculiarità del singolo operatore economico.

In quest'ottica, i dati e i documenti acquisiti dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dovrebbero essere sempre passati al vaglio della stazione appaltante, unico soggetto deputato ad apprezzare l'affidabilità morale e la capacità tecnica e organizzativa dei concorrenti.

CAPITOLO II

LA PROTEZIONE DEL LAVORATORE NELLA DETERMINAZIONE DEL VALORE ECONOMICO DELL'APPALTO E NELLA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA

SOMMARIO: 1. Generalità - 2. Il costo del lavoro negli appalti pubblici - 3. Segue. La verifica dell'anomalia dell'offerta. - 4 Segue. I trattamenti salariali inderogabili *ex art. 36 Statuto dei lavoratori* – 5. Valore dell'appalto e tutela della sicurezza sul lavoro - 6. Segue. L'adequatezza del valore dell'appalto e la congruità dell'offerta rispetto ai costi della sicurezza.

1. GENERALITÀ

Nell'ambito delle norme volte a salvaguardare i diritti dei lavoratori coinvolti negli appalti pubblici si collocano anche quelle in tema di determinazione del valore dell'appalto o della concessione nonché del prezzo di aggiudicazione⁷⁷.

Ai sensi dell'art. 81 del Decreto Legislativo n. 163 del 2006, infatti, le stazioni appaltanti, nella selezione dell'offerta migliore, possono seguire il criterio del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, scegliendo quello tra i detti criteri che ritengono più adeguato

⁷⁷Cfr. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'11 febbraio 2011, n. 5.

in considerazione delle caratteristiche dell'oggetto del contratto⁷⁸. Nel caso in cui adottino il criterio del prezzo più basso e, comunque, in tutte le ipotesi⁷⁹ in cui l'aggiudicazione sia legata «a meccanismi di “ribasso” rispetto a un importo stimato dal committente»⁸⁰, si pone, tuttavia, il problema di evitare che il detto ribasso vada a ripercuotersi sui lavoratori, sia sotto il profilo retributivo/contributivo, sia per quanto concerne la sicurezza del lavoro.

Per tale ragione il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha espressamente segnalato «l'indirizzo della Comunità europea per l'adozione, nelle diverse modalità di gara, del sistema della offerta economicamente più vantaggiosa»⁸¹.

Attesa, però, l'autonomia delle stazioni appaltanti nella scelta del criterio di selezione dei concorrenti, il legislatore si è preoccupato di regolare le procedure di aggiudicazione degli appalti imponendo alla stazione

⁷⁸Cfr. AVCP, Quaderno *Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, 2011, ove si evidenzia in proposito che l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sulla base della valutazione discrezionale delle proposte sotto il profilo qualitativo), è stata a lungo prevista nel nostro ordinamento unicamente per gli appalti sopra soglia comunitaria e per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici, mentre è solo con la Legge comunitaria n. 62 del 2005 che detta limitazione viene superata, in seguito all'attivazione di una procedura di infrazione della Commissione Europea.

⁷⁹Anche quando il criterio prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁸⁰Cfr. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'11 febbraio 2011, n. 5, *cit.*

⁸¹Cfr. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 5/2011, *cit.* Diversamente l'AVCP lascia ampia libertà alla stazione appaltante vincolandole tuttavia «a scegliere il criterio di aggiudicazione, in relazione a fattori oggettivamente riconducibili alle caratteristiche specifiche del contratto e delle relative prestazioni». Si veda, al riguardo, AVCP Determinazione del 24 novembre 2011, n. 7.

appaltante adempimenti volti ad assicurare l'adeguatezza del valore presunto dell'opera, servizio o fornitura appaltata – ma anche e soprattutto del prezzo al quale la gara viene di fatto aggiudicata – rispetto sia al costo del lavoro sia ai costi che l'appaltatore deve sopportare per adottare le misure più idonee a garantire la sicurezza dei lavoratori impiegati nell'appalto.

Il quadro normativo in materia – rappresentato essenzialmente dagli articoli da 81 a 89 del Codice dei contratti pubblici – si presenta, invero, disorganico e di difficile lettura, nonostante lo sforzo compiuto dal legislatore al fine di conferire allo stesso sistematicità e coerenza, tradottosi invero nella frequente introduzione di nuove disposizioni, alcune delle quali poi abrogate a stretto giro⁸², con conseguenti difficoltà applicative da parte degli operatori economici⁸³.

Ciò che emerge chiaramente, tuttavia, è l'intento che il legislatore vuole perseguire, di sottrarre i costi in parola alla «*logica concorrenziale di mercato*»⁸⁴ e far sì che gli stessi non siano interessati dai ribassi d'asta,

⁸²Ci si riferisce, in particolare, al comma 3-*bis* dell'art. 81 per il quale – con riferimento alla valutazione delle offerte a prescindere dal criterio adottato – l'offerta migliore doveva essere «*determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*» oltre che al netto dei costi per assicurare la salute e la sicurezza dei lavoratori. Lo stesso comma, aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera i-bis), legge n. 106 del 2011, è stato abrogato dall'art. 44, comma 2, del D. L. n. 201/2011, poi convertito senza modificazioni.

⁸³Si consideri, ad esempio, il richiamo contenuto nell'art. 89, comma 3, all'art. 87, comma 2, lett. g), ora abrogata.

⁸⁴L'espressione è usata nella Circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 30 ottobre 2012, n. 4536, anche se con specifico riferimento ai costi della sicurezza, ove

proprio in quanto "insopprimibili" e legati alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori⁸⁵.

2. IL COSTO DEL LAVORO NEGLI APPALTI PUBBLICI

La rilevanza del costo del lavoro, sia ai fini dell'aggiudicazione delle gare d'appalto, sia con riguardo alla fase esecutiva, si evince chiaramente dalle norme che disciplinano l'attività delle stazioni appaltanti propedeutiche all'affidamento, nonché da quelle che limitano i concorrenti nella formulazione dell'offerta economica.

Sotto questo aspetto viene in rilievo in primo luogo l'art. 86, comma 3-*bis* del D. Lgs. n. 163/2006⁸⁶, il cui contenuto è stato integralmente trasfuso nell'art. 26, n. 6, del D. Lgs. n. 81/2008. Lo stesso prevede che, nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori, sia nella predisposizione delle gare di appalto che nella valutazione dell'anomalia delle offerte, devono verificare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto, tra l'altro, al costo del lavoro, così come determinato *«periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei*

si precisa che i medesimi *«sono da ritenersi comprensivi unicamente della quota relativa alle spese generali e sono privi della quota di utile di impresa»*.

⁸⁵Cfr. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'11 febbraio 2011, n. 5, *cit.*

⁸⁶I commi 3-*bis* e 3-*ter*, aggiunti dal comma 909 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296, sono stati così sostituiti dell'art. 8, L. 3 agosto 2007, n. 123.

valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione»⁸⁷.

Analoga previsione è contenuta nell'art. 89 del Codice in discorso che, dopo aver precisato che *«Al fine di stabilire il prezzo base nei bandi o inviti, di valutare la convenienza o meno dell'aggiudicazione, nonché al fine di stabilire se l'offerta è o meno anormalmente bassa (...) le stazioni appaltanti tengono conto del miglior prezzo di mercato, ove rilevabile»*, impone alle stesse di valutare l'adeguatezza e la sufficienza del valore economico rispetto al costo del lavoro⁸⁸.

Pertanto, la stazione appaltante, nel determinare il “valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici”⁸⁹ non può limitarsi a considerare i prezzi di mercato dell'opera o del servizio da

⁸⁷In applicazione della disposizione il Ministero del lavoro e delle politiche sociali emana periodicamente, in relazione a ciascun settore merceologico, appositi decreti recanti l'indicazione del costo medio orario del lavoro così come aggiornato, anche a seguito di eventuali aumenti contrattuali. Si veda, per esempio, il Decreto del detto Ministero del 10 giugno 2013 concernente il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia, disinfestazione e servizi integrati/multiservizi.

⁸⁸Nell'articolo si precisa che il costo del lavoro va determinato ai sensi dell'articolo 87, comma 2, lettera g), ma posto che detta lettera, come già sopra evidenziato, è stata abrogata dall'art. 4, comma 2, lettera i-ter), legge n. 106/2011, si deve ritenere che il costo del lavoro, anche ai sensi dell'art. 89 *de quo*, vada determinato ex art. 86, comma 3-bis.

⁸⁹Cfr. l'art. 29 del D. Lgs. n. 163/2006 – contenente la disciplina del calcolo del valore dell'appalto e concessione – ove si specifica che detto *«calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto»*.

commissionare, ma deve prendere in considerazione, e quindi contemplare nel computo, il costo relativo al personale da impiegare.

Analogo obbligo di valutazione del costo del lavoro grava sull'ente appaltante in sede di selezione delle offerte economiche presentate.

L'art. 82, comma 3-bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006⁹⁰ precisa, infatti, che, qualora la stazione appaltante abbia previsto l'adozione del criterio del prezzo più basso, l'individuazione dell'offerta migliore andrà effettuata escludendo dal calcolo – oltre alle spese legate all'adempimento degli obblighi in tema di salute e sicurezza sul lavoro⁹¹ – i costi del personale. Il prezzo più basso va, cioè, *«determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello»*⁹².

Al riguardo, va preliminarmente osservato che la norma ripropone l'analoga previsione contenuta nel comma 3-bis dell'art. 81 del Codice dei contratti pubblici, soppressa dopo pochi mesi dall'introduzione per le numerose

⁹⁰Così come modificato dall'art. 32, comma 7-bis, della Legge n. 98/2013.

⁹¹V. *infra* i paragrafi dedicati ai costi della sicurezza.

⁹²Il comma è stato aggiunto dal Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, così come convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98.

Per un commento della norma, cfr. C. TOMASINI, *Costo del personale: prime indicazioni per l'applicazione dell'art. 82, comma 3-bis codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 12, 2013, 1252.

critiche sollevate⁹³.

La differenza fondamentale tra le due norme è che quella abrogata era riferita alla totalità dei contratti d'appalto pubblici, a prescindere dal metodo di valutazione – prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa – adottato, mentre il comma 3-*bis* dell'art. 82 circoscrive il proprio ambito di applicazione alle procedure in cui sia stato scelto quale criterio di selezione delle offerte quello del prezzo più basso⁹⁴.

Le stesse sono invece perfettamente sovrapponibili per quanto riguarda il contenuto precettivo, per cui sono stati estesi alla nuova disposizione i dubbi già a suo tempo evidenziati – nell'ambito di una consultazione condotta dall'AVCP sull'art. 81, comma 3-*bis*⁹⁵ – in merito alle difficoltà di applicazione della norma e la sua compatibilità con il principio di libera concorrenza.

L'art. 82, comma 3-*bis*, in parola, infatti, non limita l'attività della stazione

⁹³L'AVCP indisse una consultazione in merito alla norma raccogliendo i pareri degli enti, associazioni di operatori economici e altri soggetti interessati. Si veda in proposito AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* – Audizione del 29 settembre 2011, in www.avcp.it.

⁹⁴C. TOMASINI, *Costo del personale: prime indicazioni per l'applicazione dell'art. 82, comma 3-bis codice dei contratti pubblici*, cit. ove viene messa in luce la potenzialità applicativa della norma anche nell'ipotesi in cui si intenda aggiudicare la gara al soggetto che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, sempre che sia previsto dai documenti di gara.

La differenza sostanziale tra le due norme è messa in luce dall'Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale – ITACA nel documento *Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 82 del codice dei contratti pubblici dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del dl 69/2013 del 19 settembre 2013*, ove si aggiunge che vanno «esclusi dall'applicazione della disposizione gli affidamenti diretti in quanto negli stessi manca un confronto concorrenziale e conseguentemente non sono applicabili né il criterio del prezzo più basso né il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

⁹⁵Cfr. AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* – Audizione del 29 settembre 2011, cit.

appaltante *«ad un mero controllo di congruità formulato sulla base di valutazioni parametriche e decontestualizzate, ma richiede che il costo del lavoro sia valutato puntualmente in quanto “costo puro ed incompressibile” da non assoggettare al mercato»*⁹⁶.

La stazione appaltante dovrà allora determinare esattamente il costo del lavoro da scorporare e sottrarre al confronto concorrenziale, attenendosi alle indicazioni contenute nel richiamo ai *“minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale”* e *“le voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello”*.

È stato sostenuto che detto importo coincide con il *«costo “vivo” e “non negoziabile” – sotto il quale cioè non è possibile scendere nella retribuzione oraria di un lavoratore - costo tutelato in quanto comprensivo degli oneri sociali e contributivi»*⁹⁷.

Ma, al di là delle definizioni, il calcolo può rivelarsi molto complicato. È stato osservato, infatti, che *«Non tutti i lavori e le forniture sono riconducibili alla logica del servizio ad alta intensità di manodopera conoscibile ex ante dalle stazioni appaltanti»*, ad esempio non lo sono le forniture senza manodopera o in cui la manodopera sia trascurabile⁹⁸.

⁹⁶In questi termini si è pronunciato l'Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale – ITACA nel documento *Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 82 del codice dei contratti pubblici dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del dl 69/2013, cit.*

⁹⁷Così si legge in ITACA, *Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 82 del codice dei contratti pubblici dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del dl 69/2013, cit.*

⁹⁸Cfr. M. GRECO, A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo le recenti novità e il decreto del “fare”*, in *Appalti e contratti*, Maggioli, 2013, p. 17 e ss.

Anche per i lavori e servizi ad alta intensità di manodopera, tuttavia, il costo del lavoro difficilmente potrà essere quantificato poiché, in primo luogo, bisognerà individuare con assoluta certezza il CCNL applicabile ai lavoratori impiegati e anzi, per garantire la *par condicio* tra i concorrenti, nei documenti di gara dovrebbe essere imposta l'applicazione di un determinato CCNL, laddove nell'ambito dello stesso appalto i contratti collettivi potenzialmente applicabili potrebbero essere più di uno. Con inevitabile compressione della libertà imprenditoriale e anche della concorrenza nell'ipotesi in cui il contratto scelto non sia applicabile, per carenza del requisito soggettivo, da tutti gli operatori⁹⁹.

Inoltre, il costo del personale può essere “unitario” – che è quello «*dato (...) dai minimi salariali definiti dai CCNL, dalle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e dagli oneri riflessi*» – ovvero “complessivo”, che è invece «*dato dalla somma dei prodotti tra i costi unitari dei singoli lavoratori, per il tempo impiegato da ciascuno di essi*»¹⁰⁰. Ebbene, come pure è stato rilevato, se può essere, non senza difficoltà, determinato il costo unitario del personale¹⁰¹, non può dirsi lo

⁹⁹M. GRECO, A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo le recenti novità e il decreto del "fare"*, pag. 17 e ss., *cit.*, ove si fa l'esempio di una gara per il servizio di trasporto interno (spostamento arredi o faldoni) ove i contratti collettivi in teoria applicabili sono almeno tre (terziario, multiservizi, cooperative sociali); nel caso si scelga quello con il livello retributivo più basso, cioè, quello per le cooperative sociali, sarebbero automaticamente da escludere le società commerciali in quanto le medesime non possono applicare detto contratto.

¹⁰⁰B. BOSETTI, *A volte ritornano...ecco il costo del personale negli appalti*, in *LeggiOggi.it*, 4 settembre 2013.

¹⁰¹B. BOSETTI, *A volte ritornano...ecco il costo del personale negli appalti*, *cit.*, ove si osserva la criticità della norma sotto l'aspetto in cui impone di prendere in considerazione

stesso del costo complessivo, su cui incidono altri fattori quali *«l'organizzazione imprenditoriale, le capacità professionali dei lavoratori, le dotazioni in attrezzature, la tempestività nella disponibilità dei materiali, la logistica, le modalità costruttive»* o operative; per cui il costo complessivo “effettivo” non potrà mai coincidere con quello determinato dalla Stazione appaltante¹⁰².

3. SEGUE. LA VERIFICA DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA.

La stazione appaltante, prima di procedere al raffronto tra le offerte presentate, deve raggiungere il convincimento che le stesse non siano anormalmente basse. A tal fine deve individuare, con le modalità prescritte dalla legge, la soglia oltre la quale le offerte vanno considerate anomale, escludendo quelle che la superano non senza aver prima instaurato il contraddittorio con l'offerente invitandolo a motivare il prezzo proposto.

Il procedimento è regolato dagli articoli da 86 a 89 del Codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dei già riportati art. 86, comma 3-*bis*¹⁰³, e art. 89, comma 1, il sospetto di anomalia va ricollegato anche all'inadeguatezza dell'offerta rispetto al costo del personale, da determinarsi – come previsto dal detto art.

anche i valori di cui alla contrattazione integrativa di secondo livello o decentrata (territoriale e aziendale) in procedure che aperte agli operatori dell'intero territorio nazionale e comunitario.

¹⁰²B. BOSETTI, *A volte ritornano...ecco il costo del personale negli appalti*, cit.

¹⁰³Nonché ai sensi dell'art. 26, n. 6, del D. Lgs. n. 81/2008, di identico contenuto.

86 – in base alle già citate tabelle ministeriali¹⁰⁴.

Il successivo art. 87 stabilisce, invece, che *«quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara»*. La norma, tuttavia, nell'elencare esemplificativamente le materie con riguardo alle quali possono essere presentate giustificazioni, non contempla più – in seguito all'abrogazione della lettera g) del secondo comma – il costo del lavoro¹⁰⁵.

Si pone allora il problema di stabilire se le garanzie di contraddittorio operino anche con riferimento alle somme dovute in virtù del rapporto di lavoro o se, invece, l'ente pubblico, nell'accertare la congruità dell'offerta con riguardo a questa voce di costo, debba attenersi strettamente ai valori di cui alle tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Nel vigore della previsione di cui alla detta lettera g) si era affermata in giurisprudenza l'opinione per cui le previsioni ministeriali hanno un valore meramente ricognitivo e costituiscono solo un termine di riferimento ai fini della valutazione e della verifica dell'affidabilità delle offerte¹⁰⁶. Secondo l'indirizzo, più precisamente, gli importi del costo del lavoro risultanti dalle

¹⁰⁴Come già osservato, il richiamo nell'articolo 89 ai criteri per la determinazione del costo del lavoro individuati nell'articolo 87, comma 2, lettera g), non ha più senso essendo detta lettera stata soppressa, per cui si deve ritenere che il costo del lavoro, anche ai sensi dell'art. 89 *de quo*, vada determinato *ex art.* 86, comma 3-*bis*.

¹⁰⁵L'art. 87, lettera g), è stata soppressa dalla legge n. 106 del 2011, di conversione del Decreto Legge n. 70/2011.

¹⁰⁶Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451; Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783; Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847; tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

tabelle in discorso *«non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta sotto tale profilo, ai sensi dell'art. 86 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163»*¹⁰⁷. La valutazione non può, cioè, essere *«rigida ed automatica»*¹⁰⁸ e quand'anche emerga che le voci di costo relative al lavoro non siano rispettose dei parametri tabellari, ciò non legittimerà di per sé un giudizio di anomalia dell'offerta e la conseguente esclusione dalla gara. Costituirà invece un importante indice del carattere anormalmente basso del prezzo offerto, a fronte del quale l'amministrazione aggiudicatrice potrà chiedere la presentazione di *«giustificazioni riguardanti l'economia del metodo di prestazione del servizio o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone il concorrente per prestare il servizio, oppure l'originalità del servizio stesso»*¹⁰⁹.

È particolarmente significativo che questo indirizzo sia stato confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa formatasi nel contesto normativo successivo alla soppressione della cennata lettera g) del comma 2, dell'art. 87.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, recentemente chiarito che lo scostamento dai valori di cui alle tabelle ministeriali può *«essere accettato quando risulti*

¹⁰⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633.

¹⁰⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2010, nr. 4783, *cit.*, sebbene la pronuncia si riferisca alla previsione di cui all'art.1 della Legge 7 novembre 2000, n.327, oggi abrogata, ma identica – quanto alla determinazione del costo del lavoro rilevante negli appalti pubblici - all'art. 86, comma 3-*bis*.

¹⁰⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783, *cit.*

puntualmente (e rigorosamente) giustificato» e che «la verifica di anomalia dell'offerta deve avere a oggetto la congruità dell'offerta economica non con riferimento a ciascuna singola voce di essa, ma nella sua interezza e globalità, servendo le giustificazioni dell'impresa, e il contraddittorio che su di esse s'instaura ai sensi del citato art. 86, ad accertare l'effettiva sostenibilità e affidabilità dell'offerta nel suo complesso»¹¹⁰.

Ciononostante la questione non può dirsi completamente risolta.

Come già evidenziato, la modifica dell'art. 82, 3-bis¹¹¹ ha imposto alla stazione appaltante l'obbligo non solo di valutare l'adeguatezza delle offerte, ma anche di confrontarle scorporando il costo del lavoro. Ma soprattutto ha indicato i parametri di riferimento per il detto calcolo nei «*minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore (...) e delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello*».

Tanto vale, si ribadisce, solo per le procedure in cui sia stato prescelto il criterio del prezzo più basso, con riguardo alle quali sembrerebbe, pertanto, non esservi spazio né per valutazioni discrezionali né per giustificazioni di sorta.

Tuttavia, come si è visto, le difficoltà che pone la norma sul piano applicativo sono numerose e, con riferimento specifico alle operazioni

¹¹⁰Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633, ove si richiama, sul punto, pure Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 188.

¹¹¹Ad opera, si ripete, del D. L. 21 giugno 2013 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

finalizzate all'esclusione di eventuali offerte anomale, è ancora più palese la mancanza di coordinamento della nuova previsione con le altre disposizioni rilevanti in materia, posto che mentre in alcune si attribuisce rilievo alle tabelle ministeriali, in altre direttamente alla contrattazione collettiva, anche decentrata¹¹².

Alla luce di tutte le incertezze e criticità evidenziate appare allora preferibile fare salvo un margine di discrezionalità della stazione appaltante e aderire al già richiamato orientamento del Consiglio di Stato per cui l'esclusione per l'anomalia dell'offerta deve essere comunque subordinata all'esame delle giustificazioni dell'offerente.

La mancata proporzionalità del prezzo offerto rispetto al costo del lavoro stimato, con una inevitabile approssimazione, in sede di esame delle offerte, potrebbe, infatti, essere motivata da condizioni di esecuzione specifiche che vanno necessariamente prese in considerazione prima di procedere all'esclusione dell'offerta.

Appare quindi opportuno che il prescritto accertamento di congruità avvenga *«sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera»*¹¹³.

¹¹²Salvo l'incertezza assoluta in merito alla previsione di cui all'art. 89 che, si ripete, richiama i criteri per la determinazione del costo del lavoro individuati nell'articolo 87, comma 2, lettera g), ormai abrogata.

¹¹³In questi termini si espresse l'AVCP nel citato documento *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* – Audizione del 29 settembre

4. SEGUE. I TRATTAMENTI SALARIALI INDEROGABILI EX ART. 36 C.C.

Dalle osservazioni che precedono emerge chiaramente che, in virtù della normativa vigente in materia, coloro che partecipano alle gare d'appalto pubbliche devono elaborare le proprie offerte economiche in modo da garantire la "copertura" del costo del personale che intenderanno impiegare nell'appalto, quantificato in base alle previsioni dei contratti collettivi applicabili.

Tanto discende, invero, anche da un'altra fondamentale norma, introdotta nel nostro ordinamento a tutela dei diritti dei lavoratori ben prima che l'attività della stazione appaltante venisse espressamente vincolata, con le disposizioni sopra riportate, ad attenersi, nella valutazione delle offerte, alla contrattazione collettiva.

Si tratta dell'art. 36 della Legge 20 maggio 1970, n. 300, per cui *«nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»*¹¹⁴.

La disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, nella parte

2011, con riferimento alle problematiche connesse all'introduzione dell'art. 81, comma 3-bis, poi soppresso.

¹¹⁴La norma prevede che la clausola venga inserita anche *«nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata»*.

in cui non prevede l'estensione di quell'obbligo anche nei confronti dei concessionari dei pubblici servizi, sul presupposto che la *ratio* della previsione è «*nell'esigenza che, ove nell'esercizio di una determinata attività imprenditoriale intervenga la pubblica amministrazione (...) in quanto essa (...)affidi ad altri il compimento dell'attività stessa (...) sia assicurato uno standard minimo di tutela ai dipendenti coinvolti*»¹¹⁵.

La disposizione in parola è stata spesso invocata dai lavoratori per rivendicare, nei confronti degli appaltatori, l'applicazione dei trattamenti minimi previsti dai contratti collettivi. In merito si sono formate due opinioni in giurisprudenza, una delle quali¹¹⁶ ritiene che la disposizione operi «*limitatamente alle parti del contratto di appalto di opere o di concessione dei servizi, e cioè alla pubblica amministrazione ed al datore di lavoro, con una efficacia solo indiretta di tutela dei lavoratori, che sarebbero garantiti dall'interesse del datore di lavoro a non perdere i benefici e le agevolazioni che la norma ad essi assicura*»¹¹⁷. In quest'ottica andrebbe quindi negata l'esistenza di un diritto soggettivo autonomo dei

¹¹⁵Cfr. Corte Costituzionale 1 giugno 1998, n. 226, in www.italgiure.giustizia.it. Nella sentenza si legge che, in virtù degli artt. 3 e 97 Cost., non può che essere considerata illegittima una diversità di trattamento tra i lavoratori dipendenti delle imprese appaltatrici di opere pubbliche ed i lavoratori dipendenti dalle imprese concessionarie di pubblici servizi, posto che lo scopo della norma è quello di tutelare «*il lavoro subordinato in situazioni nelle quali lo Stato è in grado di influire direttamente o indirettamente*». In dottrina, v. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. Clausole generali*, p. 216 ss., *cit.*, per cui la disposizione va estesa anche agli appalti pubblici di servizi e forniture, proprio in considerazione della *ratio* della stessa ma anche per la armonizzazione della disciplina dei vari tipi di appalti pubblici ad opera del D. Lgs. n. 163/2006.

¹¹⁶Cass. Civ., Sez. lavoro, 28 novembre 1986, n. 7041, in www.italgiure.giustizia.it.

¹¹⁷Così la tesi è riassunta in Cass. Civ., Sez. lavoro, 23 aprile 1999, n. 4070, in www.italgiure.giustizia.it.

dipendenti – estranei al rapporto tra pubblica amministrazione e datore di lavoro – per cui il mancato rispetto da parte del datore di lavoro degli *standards* previsti dalla contrattazione collettiva sarebbe sanzionabile solo sul piano amministrativo.

L'altro, prevalente, indirizzo¹¹⁸ qualifica, invece, il diritto dei lavoratori che prestano la loro opera nell'esecuzione dell'appalto ai trattamenti contrattuali minimi come un diritto soggettivo, per cui i lavoratori stessi sarebbero «*legittimati a rivendicare nei confronti dell'imprenditore quello standard normativo e retributivo cui detta disposizione fa riferimento*»¹¹⁹.

Secondo quest'orientamento, la c.d. “clausola sociale”¹²⁰ – da inserire nei documenti di gara di appalto di opere pubbliche ovvero, in forza della richiamata decisione del Giudice delle leggi, di concessione di pubblici servizi – che impone il rispetto delle previsioni dei contratti collettivi di categoria, introduce «*un meccanismo di ricezione indiretta delle clausole del contratto collettivo*»¹²¹ che, vincolando direttamente le parti, vanno a prevalere sulle loro eventuali diverse pattuizioni.

¹¹⁸Cass. Civ., Sez. Lavoro, 13 agosto 1997, n. 7566, in www.italggiure.giustizia.it. In termini analoghi, Cass. Civ., Sez. lavoro, 5 luglio 1998, n. 7333, in www.italggiure.giustizia.it; Cass. Civ., Sez. lavoro, 21 dicembre 1991, n. 13834, in www.italggiure.giustizia.it.

¹¹⁹Cfr. Cass. Civ., Sez. lavoro, 23 aprile 1999, n. 4070, *cit.*

¹²⁰Sulle clausole sociali, cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, 133 ss.; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. Clausole generali*, *cit.*, ove è affrontato il tema della legittimità delle clausole sociali e del conflitto tra l'esigenza di tutela dei lavoratori alle stesse clausole sottese e la libertà di iniziativa economica costituzionalmente riconosciuta.

¹²¹Cass. Civ., Sez. lavoro, 13 agosto 1997, n. 7566, *cit.*

In quest'ottica, infatti, in virtù della clausola sociale, trovano applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto le condizioni minime anche economiche previste dal contratto collettivo¹²² che risulti essere applicabile al rapporto di lavoro dei medesimi, non rilevando «né l'appartenenza dell'impresa al sindacato stipulante, né l'indagine su comportamenti del datore valutabili nei termini di una adesione implicita o meno alla disciplina del contratto» e, quindi, a prescindere dalle previsioni del contratto collettivo, eventualmente diverso, di fatto applicato dal datore di lavoro¹²³.

In proposito, la prevalente giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, chiarito che, anche a voler riconoscere ai lavoratori un diritto autonomamente azionabile a ricevere condizioni non inferiori a quelle di cui ai contratti collettivi di lavoro di categoria e di zona, lo stesso è subordinato «all'effettivo inserimento della suddetta clausola (...) nei capitoli

¹²²Così come precisato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 5 luglio 1998, n. 7333, *cit.*, l'obbligo non comporta una estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo relativo al rapporto specifico con l'applicazione diretta di tutte le sue previsioni, ma solo del trattamento minimo previsto dal contratto medesimo. In dottrina, *cfr.* S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. Clausole generali*, *cit.*, ove al riguardo si afferma che l'art. 36 in discorso «non impone un incostituzionale obbligo di applicazione ultra partes del contratto collettivo, ma configura soltanto un meccanismo di rinvio per relationem all'accordo collettivo assunto alla stregua di un parametro di riferimento per la determinazione del trattamento economico-normativo minimo da applicare ai lavoratori».

¹²³Cass. Civ., Sez. lavoro, 13 agosto 1997, n. 7566, *cit.* Nello stesso senso, Cass. Civ., Sez. lavoro, 23 aprile 1999, n. 4070, *cit.*, ove si ritiene che «lo standard economico delle c.d. "clausole sociali" debba comunque prevalere rispetto a quello ritenuto dalle parti, proprio perché il rispetto del suo contenuto è direttamente funzionale al fine sociale cui tende l'intervento di sostegno del legislatore in specifici settori». *Contra*, in dottrina, G. F. MANCINI, *Sub art. 36*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOIA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli- Il foro italiano, Bologna-Roma, 1972, 550 ss.

d'appalto»¹²⁴. In particolare, la Corte di Cassazione nega che possa essere utilizzato nella fattispecie l'istituto dell'integrazione contrattuale di cui all'art. 1339 c.c. che opera solo per quelle clausole legali con riferimento alle quali la legge preveda l'invalidità delle clausole contrattuali alle stesse contrarie¹²⁵. L'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, ricollega, infatti, le infrazioni all'obbligo di applicazione dei trattamenti minimi della contrattazione collettiva a sanzioni specifiche – come, nei casi più gravi, l'esclusione del responsabile, per un tempo fino a cinque anni, da qualsiasi appalto¹²⁶ – diverse dalla sostituzione automatica delle clausole difformi ovvero dalla invalidità delle stesse.

A prescindere dalle possibili conseguenze del mancato rispetto dei trattamenti minimi inderogabili di cui all'art. 36 dello Statuto dei lavoratori,

¹²⁴Cass. Civ., Sez. lavoro, 23 aprile 1999, n. 4070, *cit.* Così pure Cass. Civ., Sez. lavoro, 5 giugno 1997, n. 5027, www.italgiure.giustizia.it.

¹²⁵Cass. Civ., Sez. lavoro, 23 aprile 1999, n. 4070, *cit.*, per cui «*la modifica autoritaria del contratto proprio perché incide, seppure per motivi di carattere pubblico, sull'autonomia privata attraverso l'inserimento nel contenuto del negozio delle clausole legale e, sotto altro versante, attraverso l'impossibilità di far valere la nullità parziale come causa di nullità dell'intero contratto (1419, comma 2, c.c.), impedisce una interpretazione estensiva dell'art. 1339 c.c., capace di ampliarne l'ambito applicativo al di fuori di clausole contrattuali sanzionabili con la nullità per contrarietà a norme imperative*». In dottrina, sul punto, *cfr.* L. MONTUSCHI, *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè Editore, 2007, ove si evidenzia che l'inserzione automatica non può riguardare clausole che non abbiano un supporto normativo ma siano previste unicamente da contratti collettivi.

¹²⁶Ai sensi dell'art. 36, comma 3, le infrazioni all'obbligo di cui al primo comma, che siano accertate dall'Ispettorato del lavoro vengono comunicate immediatamente ai Ministri nella cui amministrazione sia stata disposta la concessione del beneficio o dell'appalto. Questi adotteranno le opportune determinazioni, fino alla revoca del beneficio, e nei casi più gravi o nel caso di recidiva potranno decidere l'esclusione del responsabile, per un tempo fino a cinque anni, da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto.

ciò che rileva ai fini della presente indagine è che il partecipante, nel quantificare il prezzo da offrire ai fini dell'aggiudicazione della gara, non potrà non tener conto di quanto previsto dalla clausola in esame che sarà, di norma, inserita nel capitolato d'appalto e negli altri documenti di gara. L'offerta economica dovrà, pertanto, includere i costi che l'appaltatore e i suoi ausiliari dovranno sopportare al fine di assicurare ai lavoratori una tutela economica e normativa minima, attraverso l'osservanza dei contratti collettivi di lavoro agli stessi applicabili.

5. VALORE DELL'APPALTO E TUTELA DELLA SICUREZZA SUL LAVORO

L'analisi della normativa volta a disciplinare gli appalti pubblici sotto il profilo della tutela dei lavoratori negli stessi impiegati non può non estendersi alle disposizioni dettate a garanzia della salute e della sicurezza dei dipendenti dell'appaltatore e dei suoi ausiliari.

In disparte gli obblighi inerenti la sicurezza nei luoghi di lavoro che gravano su ogni datore di lavoro e che trovano la principale fonte normativa nel D. Lgs. n. 81/2008¹²⁷, ci si vuole soffermare sulle norme che concernono specificamente gli oneri della sicurezza in quanto componente

¹²⁷Tra questi si evidenziano, sebbene inconferenti rispetto alla presente indagine, gli obblighi specificamente riguardanti l'affidamento di lavori in appalto, imposti dall'art. 26 del D. Lgs. n. 81/2008, vale a dire sia quelli relativi alle fasi antecedenti l'affidamento, di verifica dell'idoneità tecnico-professionale delle imprese esterne, sia quelli attinenti alla fase contrattuale, in materia di valutazione dei rischi interferenziali, sia, infine, quelli da osservare nella fase dell'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento, diretti alla prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro.

del costo del lavoro¹²⁸ rilevante nella determinazione del valore degli appalti pubblici.

Assumono rilevanza, sotto questo profilo, in primo luogo i già riportati artt. 86, comma 3-*bis*, del D. Lgs. n. 163/2006, e 26, comma 6, del D. Lgs. n. 81/2008, di pari contenuto. In armonia con gli stessi, le stazioni appaltanti, nelle procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture, sono tenute – sia nella predisposizione delle gare di appalto che nella valutazione dell'anomalia delle offerte – a verificare l'adeguatezza e la sufficienza del valore economico dell'appalto, oltre che rispetto al già esaminato costo del lavoro, anche con riguardo al *«costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture»*¹²⁹.

Lo stesso articolo 86, al comma 3-*ter*, stabilisce poi che *«il costo relativo alla sicurezza non può comunque essere soggetto a ribasso d'asta»*.

Il richiamo agli oneri della sicurezza è, infine, contenuto nel successivo art. 87, comma 4, che, nel regolare l'attività di valutazione dell'anomalia delle offerte, esclude che i partecipanti possano presentare giustificazioni in relazione ai detti oneri e ribadisce che la stazione appaltante deve tener *«conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle*

¹²⁸Così sono definiti in Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁹I commi 3-*bis* e 3-*ter*, aggiunti dal comma 909 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296, sono stati così sostituiti dell'art. 8, L. 3 agosto 2007, n. 123.

*caratteristiche dei servizi o delle forniture»*¹³⁰.

L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici – sulla scorta della prevalente giurisprudenza amministrativa¹³¹ – ha chiarito che sia l'art. 86, comma 3-*bis*, sia l'art. 87, comma 4, si riferiscono agli «*oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese*», mentre il comma 3-*ter* dello stesso art. 86 concerne gli oneri della sicurezza per rischi da interferenze¹³².

I primi sono quelli che l'impresa deve sostenere per l'adozione di tutte le misure volte alla prevenzione dei rischi specifici e proprio dell'attività imprenditoriale svolta¹³³, vale a dire gli adempimenti tassativamente imposti dalla legge, ma anche tutte le altre misure che in concreto si rendano necessarie per proteggere il lavoratore dai rischi legati al tipo specifico di attività esercitata. Gli oneri della sicurezza per rischi da interferenze sono invece connessi all'eliminazione dei rischi derivanti dalla contemporanea presenza di più lavorazioni durante l'esecuzione dei lavori, servizi o forniture, laddove per lavorazione deve intendersi, nel caso di prestazioni appaltate, anche lo svolgimento dell'attività dei dipendenti dello stesso committente.

¹³⁰Il comma è stato modificato dall'articolo 1, comma 909, lettera c), legge n. 296 del 2006, poi dall'articolo 3 del d.lgs. n. 6 del 2007.

¹³¹Tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 212; Consiglio di Stato, Sez. III, 29 febbraio 2012 n. 1172; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849; tutte in www.giustizia-amministrativa.it

¹³²Da ultimi, AVCP Parere dell'8 marzo 2012, n. 27, e Parere del 9 maggio 2013, n. 77.

¹³³Sulla definizione di rischio specifico, *cfr.* Cass. Civ. 7 giugno 2013, n. 14468, ove si chiarisce che è tale solo quello rispetto al quale «*sono richieste precauzioni e regole che comportano una determinata competenza tecnica, mentre il pericolo occulto non rientra nel quotidiano controllo di cui deve farsi carico il datore*».

6. SEGUE. L'ADEGUATEZZA DEL VALORE DELL'APPALTO E LA CONGRUITÀ DELL'OFFERTA RISPETTO AI COSTI DELLA SICUREZZA.

Alla luce della citata giurisprudenza e dei chiarimenti forniti dall'AVCP, i costi della sicurezza assumono rilevanza in tutte le varie fasi in cui si articolano le procedure di gara incidendo altresì nella determinazione del prezzo offerto dai partecipanti.

In epoca antecedente all'affidamento, nel predisporre i documenti di gara, la stazione appaltante deve prendere in considerazione la tipologia e l'entità delle prestazioni da commissionare e, in relazione alle stesse, stimare, tra l'altro, gli oneri della sicurezza. Tanto allo scopo di attribuire all'appalto un valore proporzionato, non solo al costo del lavoro – e a tutti i costi da sostenere per materiali, macchinari e impianti, ecc., alle spese generali, nonché agli utili degli imprenditori coinvolti – ma anche ai costi della sicurezza specifici connessi con le *«attività delle imprese in relazione alla realizzazione dello specifico appalto»*¹³⁴.

La stima in parola non potrà che essere approssimativa, posto che gli oneri per la sicurezza *«da rischio specifico di impresa (...) sono variabili perché legati all'offerta economica delle imprese partecipanti alla gara»*¹³⁵. Per questo motivo i detti oneri non potranno essere indicati negli atti di gara nei quali dovrà essere, tuttavia, previsto che il relativo importo sia specificato

¹³⁴I. PIETROLUONGO, G. SARTORIO, *L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 2, 222.

¹³⁵Cfr. AVCP Parere dell'8 marzo 2012, n. 27.

nell'offerta economica.

Sempre nella fase preliminare della procedura di selezione del contraente, la stazione appaltante deve, altresì, quantificare gli oneri per i rischi interferenziali¹³⁶. Questi oneri devono essere espressamente indicati nei documenti di gara e non sono soggetti a ribasso *«in virtù della preclusione legale di indisponibilità di detti oneri da parte dei concorrenti, trattandosi di costi necessari, finalizzati con tutta evidenza alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori»*¹³⁷.

Dai costi della sicurezza non può, inoltre, prescindere nella formulazione delle offerte economiche da parte dei concorrenti, dovendo le imprese partecipanti necessariamente includere e specificare nella propria offerta economica *«sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante) sia quelli da rischio specifico (o aziendali)»*¹³⁸.

Invero, la prevalente giurisprudenza amministrativa, nell'affermare che il

¹³⁶Grava, del resto, sul committente l'obbligo di redigere e allegare al contratto di appalto – a meno che non si tratti di contratti relativi ai servizi di natura intellettuale, alle mere forniture di materiali o attrezzature nonché ai lavori o servizi la cui durata non sia superiore a due giorni, sempre che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari – il DUVRI, cioè il Documento di valutazione dei rischi da interferenze, che definisce gli interventi per evitare che gli stessi rischi possano verificarsi.

¹³⁷I. PIETROLUONGO, G. SARTORIO, *L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti pubblici*, cit.

¹³⁸Parere AVCP dell'8 marzo 2012, n. 27, cit. Sul punto cfr. F. GAVIOLI, *Oneri sulla sicurezza: il codice degli appalti prevede l'esonero per alcune tipologie*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 30/10/2012, nota a TAR Lazio, 4 ottobre 2012, n. 8275, in cui si rileva che gli oneri della sicurezza non vanno indicati nel caso di procedure *«per i contratti relativi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, di cui all'elenco deliberato dal Consiglio della Comunità Europea, che siano destinati a fini specificamente militari»* cui, ai sensi dell'art. 16 del D. L.vo n. 163/2006, non si applicano tutte le disposizioni del codice stesso.

combinato disposto dei citati artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del codice dei contratti pubblici, *«impono (...) ai concorrenti di segnalare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro»*¹³⁹ riconosceva nelle dette norme il riferimento agli oneri per la sicurezza da c.d. “rischio specifico”, ricollegando l’esclusione del concorrente alla mancata indicazione dei soli detti costi¹⁴⁰. In una recentissima pronuncia¹⁴¹, il Consiglio di Stato ha, invece, fornito una diversa interpretazione per cui, in base alle sopra richiamate disposizioni, *«l’offerta deve essere rispettosa del costo relativo alla sicurezza, senza alcuna distinzione; e tale costo nel suo complesso deve risultare congruo rispetto all’entità e alle caratteristiche della fornitura, in ragione degli interessi di ordine pubblico sottesi a tale previsione, posta a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori e della stessa sicurezza pubblica»*. Secondo il Supremo Collegio, infatti, *«se gli oneri da interferenza non vengono (...) espressamente indicati, non è possibile dimostrare che tali costi siano stati presi in considerazione ed effettivamente calcolati in sede di predisposizione dell’offerta, né è possibile dedurre la necessaria consapevole formulazione dell’offerta stessa con riguardo ad un aspetto essenziale d’essa»*.

È però nell’ambito dell’attività della stazione appaltante di valutazione delle

¹³⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849, *cit.*

¹⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849, *cit.* Nello stesso senso Consiglio di Stato, Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 212, *cit.*; Consiglio di Stato, Sez. III, 29 febbraio 2012 n. 1172, *cit.*

¹⁴¹ Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348, in www.giustizia-amministrativa.it.

offerte economiche che i costi della sicurezza assumono il maggior rilievo, diventando decisivi ai fini della selezione della migliore offerta e alla determinazione del prezzo effettivo della prestazione appaltata.

In primo luogo, a fronte della mancata indicazione nell'offerta economica dei costi relativi alla sicurezza, l'ente che ha bandito la gara dovrà decidere quale provvedimento adottare, laddove nella *lex specialis* la fattispecie non sia espressamente sanzionata con l'esclusione dalla gara¹⁴². In proposito, in giurisprudenza è prevalente l'opinione per cui il concorrente che non abbia specificati i costi della sicurezza nell'offerta vada escluso in quanto l'offerta stessa è «*incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un concreto e puntuale controllo circa la sua affidabilità*»¹⁴³. Peraltro, come già precisato, secondo il più recente orientamento dei Giudici di Palazzo Spada, l'esclusione va disposta in caso di omessa specificazione dei costi per la sicurezza sia c.d. “da rischio specifico” sia c.d. “da interferenza”, «*sebbene essi vadano indicati nell'esatto ammontare predeterminato dalla stazione appaltante*»¹⁴⁴.

¹⁴²L'esclusione non è messa in discussione per l'ipotesi in cui nei documenti di gara sia espressamente prevista la necessità della detta indicazione e il concorrente non l'abbia effettuata, è il concorrente debba essere escluso.

¹⁴³Cfr. tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849, *cit.*; T.A.R. Friuli Venezia-Giulia 14 luglio 2011 n. 348; T.A.R. Lazio, sez. I-ter, 11 ottobre 2011, n. 7871. *Contra*, Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4999, ove si fa salva la partecipazione alla gara di una concorrente che aveva omesso di indicare i costi della sicurezza specifici sulla base della considerazione che la medesima era stata indotta ad errare in buona fede dalla mancata previsione nella *lex specialis* della necessità di detta indicazione. Tutte le sentenze citate sono rinvenibili in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁴Così Consiglio di Stato, Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348, *cit.*

Inoltre, la stazione appaltante deve valutare l'adeguatezza del prezzo offerto rispetto agli oneri indicati.

A questo proposito va rimarcato il disposto dell'art. 82, comma 3-bis¹⁴⁵, del Codice dei contratti pubblici, che con riferimento alle procedure in cui l'affidatario debba essere scelto secondo il criterio del prezzo più basso, impone di determinare l'offerta migliore confrontando gli importi indicati dai concorrenti al netto, tra l'altro, delle spese per le *«misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro»*.

In ossequio al dettato della norma, la stazione appaltante – come per i costi del lavoro – non dovrà limitarsi ad una giudizio di congruità dell'offerta rispetto ai costi della sicurezza, ma dovrà quantificarli, per poi scorporarli dal prezzo offerto, sottraendoli al mercato e alla concorrenza.

Non possono, invero, essere sottaciute le perplessità che la disposizione suscita per il mancato coordinamento con le altre vigenti in materia, che continuano a richiedere il solo accertamento della congruità degli oneri specifici indicati rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture e che comunque conservano tutto il loro valore per le ipotesi in cui sia adottato il criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ma, a parte ciò, non sembra si possano ripetere per la previsione in parola le critiche sopra espresse con riguardo all'analogo

¹⁴⁵È il succitato comma introdotto dal decreto legge 21 giugno 2013 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

obbligo previsto dalla stessa norma per il costo del lavoro, legate alle difficoltà di calcolo di tale fattore.

La stazione appaltante avrà, infatti, tutti gli elementi per eseguire il calcolo degli oneri della sicurezza aziendali, essendo il loro importo legato all'offerta, mentre non dovrà procedere alla quantificazione dei costi connessi ai rischi interferenziali, che avrà già determinato *ex ante*.

Peraltro una volta effettuato il calcolo, l'ente avrà anche un parametro di riferimento per verificare la congruità dei costi in parola ai fini del giudizio di anomalia dell'offerta. Un costo della sicurezza indicato nell'offerta che si discosti da quello calcolato dalla stazione appaltante dovrebbe essere, infatti, considerato incongruo, senza che l'offerente possa dimostrare il contrario, posto che, ai sensi dell'art. 87, comma 4, non sono ammesse giustificazioni in relazione a questa specifica voce del prezzo.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEL COMMITTENTE E DELL'APPALTATORE

SOMMARIO: 1. Generalità - 2. Il quadro normativo - 3. Il regime di solidarietà negli appalti pubblici - 4. Segue. La solidarietà fiscale – 5. L'operatività della garanzia generale ex art. 1676 c.c. 6. L'intervento sostitutivo della stazione appaltante

1. GENERALITÀ

La centralità assunta dall'esigenza di predisporre adeguati strumenti di tutela dei lavoratori anche nell'ambito del settore degli appalti si è tradotta in «una moltiplicazione dei centri di imputazione di responsabilità degli operatori economici»¹⁴⁶.

Già il codice civile del 1865, all'art. 1645, prevedeva che «*i muratori, i fabbri e altri artefici impiegati alla costruzione di un edificio o di altra opera data in appalto, non hanno azione contro il committente dei lavori, se non fino alla concorrenza del debito che egli ha verso l'imprenditore nel*

¹⁴⁶S. VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 11 – Allegato1, 45.

tempo in cui promuovono la loro azione»¹⁴⁷.

Tale previsione confluiva nell'art. 1676 del codice civile, attualmente in vigore, che, con portata più ampia rispetto alla precedente norma, aveva come destinatari non solo i prestatori d'opera manuale, ma, in generale, tutti coloro che avessero svolto attività lavorativa alle dipendenze dell'appaltatore nell'esecuzione di un'opera o nella prestazione di un servizio.

Il principio solidaristico veniva ripreso, in termini più incisivi, dall'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, laddove sanciva la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori dipendenti di quest'ultimo, senza limiti quantitativi, sia per il pagamento delle retribuzioni che per l'adempimento di tutti gli obblighi previdenziali e assistenziali, purché si trattasse di appalti di opere o servizi svolti “all'interno dell'azienda” con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore¹⁴⁸. La disposizione – riferendosi agli appalti che, in quanto endoaziendali, destavano sospetti circa la loro genuinità – si inseriva nel più ampio quadro normativo volto a scoraggiare le operazioni di decentramento produttivo finalizzate unicamente all'elusione dell'applicazione dei

¹⁴⁷La norma, ispirata ad analoga previsione del Codice Napoleonico, è richiamata in Cass. Civ., Sez. lavoro, 4 settembre 2000, n. 11607, e 10 marzo 2001, n. 3559, entrambe in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*.

¹⁴⁸Cfr. F. CAPURRO, *Profili di costituzionalità della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2012, 1, p. 215; V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2012, 3, p. 463 e ss., ove si rinviene una compiuta ricostruzione della genesi dell'istituto e della sua evoluzione normativa e giurisprudenziale nell'ambito del più ampio tema dell'intermediazione di manodopera.

contratti collettivi e in generale della normativa del lavoro e della previdenza¹⁴⁹.

L'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003 (c.d. Legge Biagi), nell'abrogare il detto art. 3 della Legge n. 1369/1960, ne generalizzava la previsione estendendo la solidarietà a tutte le ipotesi di appalto, a prescindere dalla tipologia di prestazioni effettuate e dalle caratteristiche dell'organizzazione dell'appaltatore e, quindi, anche nel caso in cui non fosse in dubbio il carattere genuino dell'operazione economica¹⁵⁰.

Si affermava cioè una diversa prospettiva del regime di responsabilità solidale tra le parti del contratto d'appalto, per cui lo stesso diveniva funzionale esclusivamente alla tutela dei lavoratori e alla riscossione delle somme dovute agli istituti di previdenza e assistenza. E in quest'ottica andava a collocarsi anche l'art. 35 del D. L. 4 luglio 2006, n. 223, che vincolava solidalmente l'appaltatore e il subappaltatore in relazione al versamento delle imposte e dei contributi previdenziali e assicurativi da quest'ultimo dovuti ai propri dipendenti.

Muovendo, infatti, dalla constatazione che frequentemente gli appaltatori o subappaltatori non adempiono agli obblighi retributivi, nonché quelli «di

¹⁴⁹V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit.

¹⁵⁰V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit. in cui tale scelta legislativa è criticata in quanto l'esigenza di tutela dei lavoratori non può giustificare l'esposizione del committente al rischio di dover pagare sia il compenso contrattualmente pattuito con l'appaltatore sia le somme eventualmente rivendicate dai lavoratori e dagli istituti previdenziali.

effettuazione e versamento delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente e dei contributi previdenziali», e che il loro patrimonio spesso non offre sufficienti garanzie per la riscossione dei crediti dei lavoratori e degli enti impositori e previdenziali¹⁵¹, il legislatore «è intervenuto estendendo e moltiplicando le ipotesi di responsabilità, coinvolgendo soggetti che non assumono il ruolo di datore di lavoro»¹⁵². Tanto anche allo scopo di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza legati alla violazione dei suddetti obblighi in quanto i soggetti che non corrispondono i trattamenti retributivi dovuti, o non versano le ritenute o i contributi, sono in condizione di offrire prezzi più bassi rispetto agli altri operatori economici.

L'impostazione – che istituisce una forma di garanzia per i lavoratori impiegati nell'appalto, «costituita dalla posizione debitoria istituita ex lege in capo a soggetti terzi»¹⁵³ rispetto al rapporto di lavoro, fondata sulla sola considerazione che questi si siano comunque avvalsi del risultato della

¹⁵¹Così si legge nella Relazione Ministeriale al disegno di legge n. 741-AS di conversione in legge del Decreto Bersani (D.L. n. 223 del 4.7.2006, convertito in legge n. 248 del 4 agosto 2006), con esclusivo riferimento, tuttavia, agli obblighi di carattere fiscale e previdenziale.

Sulla possibile configurazione teorica (codattorialità o responsabilità da contatto sociale) della responsabilità solidale, non solo nel caso di appalto, ma in tutti i casi di esternalizzazione in cui la stessa sia prevista, cfr. D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, 3, pp. 836.

¹⁵²VARVA S., *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, cit., ove l'autore muove dalla pronuncia della Corte di Cassazione 7 gennaio 2009, n. 45, in cui il tema della tutela dei lavoratori in relazione a modalità organizzative e produttive complesse plurisoggettive viene, tuttavia, affrontato sotto lo specifico profilo della responsabilità per la mancata adozione di adeguate misure a prevenzione dei rischi per l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori. Sul punto cfr. anche S. VARVA, *Sull'obbligo di sicurezza in caso di esternalizzazioni*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, II, 342.

¹⁵³VARVA S., *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, cit.

prestazione lavorativa¹⁵⁴ – non è stata esente da critiche da parte di chi ha visto in questo modo stravolta la stessa nozione di contratto d'appalto «*che postula l'autonomia delle rispettive sfere delle imprese e, con essa, i criteri di imputazione soggettiva delle responsabilità*»¹⁵⁵.

Le parti del rapporto trilatero che nasce dal contratto d'appalto – così come da quello derivato di subappalto – risultano, infatti, assoggettate ad un regime di responsabilità solidale¹⁵⁶ che va ad alterare le normali dinamiche dell'attività d'impresa, rendendo il committente partecipe, entro certi limiti, dei rischi e delle responsabilità dell'appaltatore nei confronti del proprio personale, favorendone, se non una concreta ingerenza nelle scelte imprenditoriali, quanto meno un indiretto condizionamento delle stesse. Il committente sarà, infatti, obbligato a vigilare sul pieno rispetto da parte dell'appaltatore della normativa lavoristica e ad adottare le misure più idonee affinché lo stesso sia effettivo¹⁵⁷.

2. IL QUADRO NORMATIVO.

Attesa la delicatezza della materia per gli interessi di segno opposto in

¹⁵⁴L. IMBERTI, *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il D.L. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2008, 7, 659.

¹⁵⁵O. MOZZOTTA, *Diritto del lavoro*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 234.

¹⁵⁶G. F. MAIELLARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, 277.

¹⁵⁷La necessità che il committente compia una attenta valutazione dei soggetti cui affidare l'appalto è sottolineata in C. LANZINGER, *La tutela del credito da lavoro negli appalti con il committente pubblico*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2012, 3, parte 2, p. 547.

gioco, le disposizioni cui si è fatto brevemente cenno sono state nel tempo ripetutamente rivisitate¹⁵⁸ di talché, per coglierne la portata e i riflessi operativi, soprattutto con riferimento agli appalti pubblici, appare necessario operare una breve ricostruzione dell'attuale quadro normativo dell'istituto¹⁵⁹.

La norma cardine di riferimento è rappresentata dal già citato art. 1676 c.c., rubricato "Diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente", per il quale *«coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda»*.

I lavoratori che non abbiano visto soddisfatti, in tutto o in parte, i crediti maturati per l'attività prestata alle dipendenze dell'appaltatore in relazione all'opera o al servizio commissionato, possono, pertanto, agire direttamente nei confronti del committente per conseguire il dovuto.

¹⁵⁸Il carattere alluvionale e disorganico della produzione normativa in materia è sottolineato da S. IMBRIACI, *Solidarietà contributiva negli appalti: le istruzioni operative dell'Inps*, in *Guida al lavoro*, 2012, 34, 67. Nello stesso senso, tra gli altri, V. LIPPOLIS, *Responsabilità solidale negli appalti*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2013, 41, 2419; S. CASSAR, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2012, 11, 834.

¹⁵⁹Cfr. P. TOSI, *Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la L. n. 92/2012*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 10, 977, ove si evidenzia come la «sequenza di disposizioni (...) dal 2004, operando sia all'interno sia all'esterno di tale norma, hanno a più riprese modificato l'ambito della solidarietà, vuoi soggettivo (committente, appaltatore e subappaltatore) vuoi oggettivo (trattamenti retributivi, contributi previdenziali e assicurativi, versamenti erariali e responsabilità per danni alla persona)».

Si tratta di un'azione di carattere generale, che si riferisce a tutti i tipi di appalto e, prescindendo dalla natura pubblica o privata del soggetto committente, trova applicazione anche con riferimento agli appalti pubblici e a quelli in cui il committente non svolga attività di impresa¹⁶⁰. La stessa può essere esperita senza limiti di tempo, ma incontra un preciso limite di carattere quantitativo nella misura del debito residuo del committente nei confronti dell'appaltatore al momento della domanda giudiziale, di talché rimarrà infruttuosa ove proposta a pagamento del saldo avvenuto¹⁶¹.

I rapporti tra i soggetti della filiera degli appalti, sotto il profilo della responsabilità per i crediti dei lavoratori, sono poi regolati dall'art. 29, comma 2, del D. Lgs. n. 276/2003 (cd. "Legge Biagi"). Nella sua versione attuale, la norma prevede, in caso di appalto sia di opere che di servizi, l'obbligazione solidale del committente imprenditore o datore di lavoro, da un lato, e dell'appaltatore nonché ciascuno degli eventuali subappaltatori, dall'altro, per la corresponsione ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto di tutti i *«trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui*

¹⁶⁰G. F. MAIELARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, cit.

¹⁶¹Cfr. Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit., ove si precisa, infatti, che mediante questa azione i lavoratori possono conseguire *«la minor somma fra quanto loro spetta in conseguenza del rapporto di lavoro e quanto è dovuto dal committente all'appaltatore in relazione al contratto d'appalto»*.

risponde solo il responsabile dell'inadempimento». La responsabilità sussiste entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto.

La previsione è stata oggetto di numerosi interventi di modifica che ne hanno ampliato l'ambito di applicazione nel tentativo di rafforzarne l'efficacia e l'incisività come strumento di salvaguardia dei diritti nei lavoratori¹⁶².

Nella veste originale, infatti, l'articolo si riferiva ai soli appalti di servizi limitando l'oggetto dell'obbligazione di garanzia ai trattamenti retributivi e previdenziali e la durata della stessa a un anno dalla cessazione dell'appalto¹⁶³.

¹⁶²Per la ricostruzione dell'evoluzione della disposizione, cfr. P. TOSI, *Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la L. n. 92/2012, cit.*; G. F. MAIELLARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici, cit.*

¹⁶³Successivamente l'art. 6, comma 1, del D. Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, estendeva il regime di solidarietà agli appalti di opere e faceva salve le diverse previsioni dei contratti collettivi stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative. Escludendo, altresì, dall'ambito di applicazione dell'istituto, agli appalti nei quali il committente fosse una persona fisica che non esercitasse attività di impresa o professionale.

Poi, con ulteriori rimaneggiamenti veniva da un lato contemplata espressamente l'applicazione della disciplina a tutela dei lavoratori del subappaltatore e, dall'altro, portato da uno a due anni il termine per proporre l'azione (tanto per effetto dell'art. 1 comma 911, L. 27 dicembre 2006, n. 296).

Ulteriori modifiche venivano, inoltre, apportate dall'art. 21 comma 1 D. L. 9 febbraio 2012, n. 5 (convertito con modifiche in L. 4 aprile 2012, n. 35) per effetto del quale la garanzia diventava operativa anche con riferimento al trattamento di fine rapporto e ai premi assicurativi per infortuni e malattie professionali maturati in relazione al periodo di esecuzione dell'appalto. In seguito al detto intervento, l'articolo 29 in commento prevedeva che il committente eventualmente convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore potesse eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e che, in tal caso, una volta accertata da parte del Giudice la responsabilità solidale degli obbligati, l'azione esecutiva potesse essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore. Stabiliva, ancora, che l'eccezione potesse essere sollevata anche se l'appaltatore non fosse stato convenuto in giudizio, ma in tal caso il committente imprenditore o datore di lavoro avrebbe dovuto indicare i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore avrebbe potuto agevolmente soddisfarsi. Richiamava, infine, le regole generali per

Alla luce della formulazione cui è ora approdata, lo stesso estende invece l'obbligazione di garanzia a tutti gli emolumenti e oneri economici che gravano sull'appaltatore o subappaltatore, compresi il trattamento di fine rapporto e i premi assicurativi per gli infortuni e le malattie professionali, e maturati – come il legislatore ha sentito il dovere di chiarire espressamente – dai lavoratori utilizzati nell'esecuzione dell'appalto nel periodo di durata dello stesso¹⁶⁴. Restano, invece, escluse le sanzioni civili, di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento.

La relativa azione deve essere promossa, nel termine di due anni dalla cessazione dell'appalto – ovvero dalla cessazione dei lavori del

l'esercizio dell'azione di regresso nei confronti del coobbligato del committente imprenditore o datore di lavoro che avesse eseguito il pagamento.

Anche l'art. 4, lett. a) L. n. 92/2012 ha apportato alcune modifiche alla disposizione, introducendo la previsione per cui, con contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni di datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore, possono essere individuati metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti. Nonché quella per la quale il committente deve partecipare, nella veste di convenuto, al giudizio eventualmente promosso dal lavoratore nei confronti dell'appaltatore o del subappaltatore, lasciando fermo il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore (o, come ha specificato, del subappaltatore) nel caso in cui il committente ne faccia richiesta e il Giudice accerti la responsabilità solidale delle parti. Permane il richiamo alle norme ordinarie che regolano l'azione di regresso del committente verso il coobbligato in solido.

Da ultimo, l'art. 9 del d.l. n. 76/2013 ha chiarito che assumono rilevanza, ai fini della responsabilità solidale in questione, anche i compensi e gli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo, mentre detto regime di responsabilità non concerne i contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni. Ha statuito, altresì, che le disposizioni dei contratti collettivi che introducano strumenti di controllo e verifica della regolarità degli appalti hanno effetto esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi.

¹⁶⁴ È stato in tal modo eliminato ogni dubbio circa la possibilità di rivendicare altre somme pure dovute al lavoratore in relazione al medesimo rapporto di lavoro ma legate a prestazioni diverse da quelle appaltate.

subappaltatore¹⁶⁵ – anche nei confronti del committente, il quale può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore e, in tal caso, una volta che il Giudice abbia accertato la responsabilità solidale degli obbligati, l'azione esecutiva potrà essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore. Il committente che abbia eseguito il pagamento potrà esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

Per quanto concerne i lavoratori interessati dalla normativa – come già ritenuto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali¹⁶⁶ e ora espressamente previsto dall'art. 9, comma 1, del D.L. 28 giugno 2013, n. 76 – possono beneficiare del regime di responsabilità solidale dalla stessa regolato anche i «*lavoratori impiegati con contratti di natura autonoma*» nell'ambito della esecuzione delle prestazioni del contratto di appalto¹⁶⁷.

Mentre tale regime non giova ai dipendenti di appaltatori contraenti della

¹⁶⁵Come ha chiarito il Ministero del Lavoro, il citato art. 29 indica l'appalto tra committente e appaltatore il che, trasposto nell'ambito dei rapporti tra appaltatore e subappaltatore, non può che riferirsi al contratto di appalto tra questi due soggetti: in altri termini i due anni, nel caso di subappalto, non possono che decorrere dalla cessazione dei lavori del subappaltatore (in forza del relativo contratto di subappalto).

¹⁶⁶Così nella Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 5/2011 e nel *Vademecum* sulla L. n. 92/2012, del 22 aprile 2013.

¹⁶⁷G. GAMBERINI, *Responsabilità solidale negli appalti: va' dove ti porta il Ministero*, in M. TIRABOSCHI, (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, Adapt Labour Studies e-Book Series, n. 10, Adapt University Press, Modena, 2013, 242-253. L'autore evidenzia come tale scelta non sembra totalmente coerente con la disciplina previdenziale ed assicurativa che regola il lavoro autonomo in quanto il lavoratore autonomo «è chiamato a versare autonomamente i propri contributi e non ha un sostituto di imposta» per cui rispetto allo stesso tale estensione dovrebbe ritenersi attuabile solo relativamente ai crediti imputabili come «compensi» e non anche a quelli di carattere previdenziale e assicurativo.

Pubblica amministrazione in quanto – sempre per effetto dell’art. 9, comma 1, del D.L. n. 76/2013 – l’art. 29 in commento non si applica agli appalti pubblici, riferendosi a tutti i tipi di appalto in cui, tuttavia, i committenti siano professionisti o società¹⁶⁸.

Un’altra norma fondamentale in tema di responsabilità solidale nell’ambito degli appalti è rappresentata dall’art. 35, comma 28, del D. L. 4 luglio 2006, n. 223¹⁶⁹ che, inserita tra le “misure in materia di contrasto all’evasione ed elusione fiscale”, vincola solidalmente appaltatore e subappaltatore, nei limiti dell’ammontare del corrispettivo dovuto, al versamento *«all’erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente dovute dal subappaltatore all’erario in relazione alle prestazioni effettuate nell’ambito del rapporto di subappalto»*. L’appaltatore può tuttavia liberarsi dal vincolo ove verifichi, mediante l’acquisizione di idonea documentazione e prima del versamento del corrispettivo, che gli adempimenti in parola siano stati correttamente eseguiti dal subappaltatore.

La norma è stata anch’essa oggetto di numerosi interventi che ne hanno più volte ridisegnato l’ambito di applicazione, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo¹⁷⁰.

¹⁶⁸La questione è affrontata più ampiamente nel paragrafo successivo.

¹⁶⁹Convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 2006, n. 248.

¹⁷⁰Inizialmente la norma prevedeva la responsabilità solidale dell’appaltatore e del subappaltatore alla effettuazione e al versamento *«delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente»* e al *«versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore»*. Ed era originariamente completata da altre disposizioni - poi abrogate (dal D.L. n. 97/2008 convertito in L. n. 129/2008) - che

Le modifiche più rilevanti hanno riguardato la figura del committente, incluso per un breve lasso di tempo tra i soggetti solidalmente responsabili per i debiti erariali legati all'appalto. Anche alla luce dell'attuale versione della norma il medesimo non è, tuttavia, esonerato da ogni responsabilità in quanto, ai sensi del comma 28-*bis* del detto art. 35, deve provvedere al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione che attesti l'esecuzione degli adempimenti fiscali a carico proprio o degli eventuali subappaltatori, potendo sospendere il pagamento fino all'esibizione della predetta

prevedevano la possibilità per l'appaltatore di liberarsi dal vincolo mediante l'acquisizione di idonea documentazione attestante l'esecuzione da parte del subappaltatore degli adempimenti in parola (cui erano seguite altre norme che avevano specificato quale documentazione potesse essere considerata idonea allo scopo) e imponevano al committente di provvedere al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della suddetta documentazione.

Poi il D.L. n. 16/2012, convertito in L. n. 44/2012, interveniva sull'oggetto dell'istituto, eliminando il riferimento ai contributi previdenziali e assicurativi, già contemplati nella regolamentazione della responsabilità solidale di cui all'art. 29 D. Lgs. n. 276/2003, e inserendo la responsabilità solidale per il pagamento dell'IVA relativa alle fatture emesse in relazione ai lavori. Ma, soprattutto, ridefiniva l'ambito soggettivo dell'istituto – estendendo anche ai committenti imprenditori o datori di lavoro la responsabilità in parola così rafforzando ulteriormente la tutela dei crediti erariali in parola – e stabiliva il limite temporale di due anni alla persistenza della responsabilità.

Ancora, l'art. 13-*ter* del D.L. n. 83/2012, così come convertito in L. n. 134/2012, ha riformulato l'art. 35 escludendo, al comma 28-*ter*, dalla sfera applicativa della disposizione i committenti, da un lato, e i contratti stipulati dalle stazioni appaltanti pubbliche, dall'altro, precisando, altresì, al comma 28, che l'attestazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi tributari può essere rilasciata anche attraverso un'asseverazione dei soggetti di cui all'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e all'articolo 3, comma 3, lettera a), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322, e che gli atti che devono essere notificati entro un termine di decadenza al subappaltatore sono notificati entro lo stesso termine anche al responsabile in solido.

Infine, l'art. 50 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, coordinato con la legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, ha soppresso la responsabilità solidale negli appalti relativamente all'omesso versamento dell'IVA.

documentazione. *«L'inosservanza delle modalità di pagamento previste a carico del committente comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 200.000 qualora emerga che gli adempimenti tributari non sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dal subappaltatore».*

Ma ai fini del presente lavoro ancora maggior rilievo assume la specificazione, inserita nell'art. 35 in parola, al comma 28-ter, dalla legge n. 134/2012, che la responsabilità solidale così delineata non si applica in caso di contratti conclusi dalle *«stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».*

Sembra pertanto ora sancito *«l'esonero delle amministrazioni pubbliche committenti dalla predette disposizioni speciali finalizzate al monitoraggio sugli adempimenti fiscali di tutela del lavoratore»¹⁷¹.*

Completano il quadro delle norme volte ad assicurare la più ampia tutela sociale ed economica dei lavoratori, mediante la previsione di una responsabilità solidale dei soggetti dell'appalto pubblico, altre due disposizioni. La prima è contenuta nell'art. 118, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006, per cui l'affidatario è responsabile in solido con i subappaltatori dell'osservanza da parte dei medesimi – nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto – delle norme relative al

¹⁷¹G. F. MAIELLARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, cit.

trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali. L'altra disposizione, riguardante la sicurezza sui luoghi di lavoro, è l'art. 26, comma 4, del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 che sancisce la responsabilità solidale dell'imprenditore *«committente, nonché degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dell'appaltatore o del subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA)»*. La norma si riferisce essenzialmente ai danni che determinano una invalidità inferiore alla soglia minima indennizzabile dagli istituti in parola e all'eventuale danno biologico differenziale¹⁷².

3. IL REGIME DI SOLIDARIETÀ NEGLI APPALTI PUBBLICI.

La sopra ricostruita disciplina della responsabilità per i debiti derivanti dai rapporti di lavoro inerenti all'esecuzione delle prestazioni appaltate, concerne, nel suo insieme, unicamente gli appalti privati, avendo il legislatore deciso di sancire espressamente l'esclusione dei committenti pubblici dall'ambito d'applicazione, sia dell'art. 29, secondo comma, del D. Lgs. n. 276/2003, sia dell'art. 35, comma 28, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223. Più precisamente, l'inapplicabilità alle pubbliche amministrazioni del regime di solidarietà di cui al Decreto n. 276/2003 non può essere revocata

¹⁷²Cfr. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 5/2011, *cit.*

in dubbio in seguito all'entrata in vigore del già citato Decreto Legge 28 giugno 2013, n. 76 (c.d. Decreto del fare), che, all'art. 9, primo comma, secondo periodo, espressamente definisce le disposizioni di cui al suddetto art. 29, secondo comma, non applicabili *«in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165»*.

Il recente intervento legislativo ha così posto fine a una questione, tutt'altro che pacifica, che aveva dato luogo a due opposti orientamenti – dottrinari, di prassi e giurisprudenziali – in nessuno dei quali, anche per l'assenza di pronunce della Corte di Cassazione, si era rinvenuto *«l'argomento tranciante, idoneo a risolvere il contrasto ermeneutico in maniera definitiva»*, con inevitabile compromissione del principio della certezza del diritto¹⁷³.

Sebbene l'art. 1 del D. Lgs. n. 276/2003 recitasse testualmente *«Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale»*, si era infatti affermata in giurisprudenza¹⁷⁴ l'opinione per

¹⁷³R. SQUEGLIA, *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità solidale tra pubblica amministrazione ed appaltatore*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 12, 1203, ove è compiuta un'analitica disamina delle posizioni della giurisprudenza formatasi sul punto.

¹⁷⁴Trib. Varese, Sez. lavoro, 19 gennaio 2012, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*. La tesi muove dall'esame della legge delega sulla base della quale fu emanato il D. Lgs. n. 276/2003 che, all'art. 6, statuisce: *«Le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate»*. Alla luce della norma, i decreti attuativi avrebbero potuto – nei casi tassativamente previsti – escludere dalla propria sfera applicativa solo il personale delle pubbliche amministrazioni, giammai i soggetti pubblici laddove vengano in considerazione nel proprio ruolo istituzionale. Nello stesso senso, da ultima, Trib. Milano, 2 marzo 2013; Trib. Milano, Sez. Lavoro, 18 novembre 2008, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, 1, 226 ; Trib. di Bolzano, Sez. lavoro., 6 novembre 2009; Trib. Busto

cui, lungi dall'escludere *tout court* l'estensione delle disposizioni del decreto ai soggetti pubblici, la norma si riferisse al solo «*rapporto tra le pubbliche amministrazioni e il loro personale e dunque, in definitiva, alle pubbliche amministrazioni quali datori di lavoro*»¹⁷⁵. La stessa, condivisa anche in dottrina¹⁷⁶, è alla base di numerose pronunce con cui, anche di recente, i giudici di merito hanno accolto le domande avanzate *ex art. 29*, comma 2, dai lavoratori dell'appaltatore nei confronti della Pubblica Amministrazione committente, ritenendo la disposizione applicabile alle fattispecie in quanto nelle medesime il soggetto pubblico viene in rilievo non nella qualità di datore di lavoro, ma «*con riferimento alle attività*

Arsizio, 29 marzo 2010, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2010, 2, 534; Trib. Novara, 3 marzo 2011, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2011, 2, 483. *Contra*, Corte Appello Torino, 26 settembre 2011, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2011, 3-4, 536, per cui «*tutto l'impianto della legge delega riguardava l'occupazione nel settore privato e non coinvolgeva la P.A. né quale datore di lavoro né quale destinatario in ogni caso delle emanande disposizioni normative*»; Trib. Brescia, 15 ottobre 2010, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2010, 4, 1138.

¹⁷⁵Trib. Varese, Sez. lavoro, 19 gennaio 2012, *cit.* Sul punto *cfr.* C. LANZINGER, *La tutela del credito da lavoro negli appalti con il committente pubblico*, *cit.*, ove si chiarisce che la prevalente giurisprudenza considera l'espressione come un'endiadi equivalente all'espressione «*il personale delle pubbliche amministrazioni*». V. pure, C. LANZINGER, *La responsabilità solidale della Pubblica Amministrazione con l'appaltatore inadempiente*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2010, 1, 140.

¹⁷⁶In tal senso C. LANZINGER, *La tutela del credito da lavoro negli appalti con il committente pubblico*, *cit.*; C. LANZINGER, *La responsabilità solidale della Pubblica Amministrazione con l'appaltatore inadempiente*, *cit.* Si sostiene invece l'inapplicabilità ai committenti pubblici dell'articolo in parola in, A. MUTARELLI, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del D. Lgs. n. 267/2003 alla Pubblica Amministrazione quale stazione appaltante*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2010, 6, 1215, ove si afferma che l'endiadi ricorre quando uno stesso concetto viene espresso con due termini coordinati, cosa che non accade nel caso di specie ove le espressioni «*pubblica amministrazione*» e «*il loro personale*» mettono capo a nozioni autonome. Si mette in luce, altresì, che l'art. 29 *de quo* si riferisce agli appalti regolati dall'art. 1655 c.c., mentre gli appalti pubblici trovano la loro specifica disciplina nel D. Lgs. n. 163/2006.

esercitate nel suo ruolo istituzionale»¹⁷⁷.

La problematica sembra ora superata dal legislatore, che ha cristallizzato la tesi dell'estraneità della pubblica amministrazione alla sfera applicativa del citato art. 29, secondo comma. Con ciò accogliendo l'interpretazione restrittiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali il quale ha sempre considerato il detto art. 1 del D. Lgs. 276/2003 – nella parte in cui sancisce la non applicabilità del decreto alle pubbliche amministrazioni e al loro personale – una norma di carattere generale che può essere derogata da singole previsioni dello stesso decreto, ma solo ove le stesse espressamente contemplino l'applicabilità ai rapporti di lavoro instaurati con soggetti pubblici, e quindi non dall'art. 29, secondo comma, che, pertanto, afferma esclusivamente agli appalti privati¹⁷⁸.

Si tratta di una scelta di politica legislativa di chiaro *favor* per la Pubblica Amministrazione¹⁷⁹ che, tuttavia, non rende del tutto anacronistico il dibattito sulla questione.

¹⁷⁷Tra le altre, Trib. Varese, Sez. lavoro, 19 gennaio 2012, *cit.*, ove si sostiene anche che l'art. 29, comma 2, «*non fa alcuna distinzione tra committente pubblico e committente privato, né tra contratto pubblico di appalto di servizi (disciplinato dal D. Lgs. n. 163/2006) e contratto di appalto di diritto comune (disciplinato dagli artt. 1655 e ss. c.c.)*». Negli stessi termini Trib. Bologna, Sez. Lavoro, 8 giugno 2010, la cui massima è consultabile in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*.

¹⁷⁸In questo senso si è sempre espresso il Ministero del lavoro che, sia nell'interpello n. 35/2009, che nella Circolare n. 5/2011 e nel *vademecum* sulla L. n. 92/2012 del 22 aprile 2013, aveva escluso l'art. 29 in commento dalle fonti di disciplina della responsabilità solidale negli appalti pubblici contemplando tra le stesse solo l'art. 1676 c.c. e l'art. 35, comma 28, del D. L. n. 223/2006. Nell'ultima Circolare n. 35/2013, successiva alla modifica di tale ultima norma che ne ha sancito l'inapplicabilità agli appalti pubblici, ha invece affermato che le uniche forme di responsabilità solidale che coinvolgono i committenti pubblici sono quelle di cui al D. Lgs. n. 163/2006 e art. 1676 c.c.

¹⁷⁹Così G. GAMBERINI, *Responsabilità solidale negli appalti: va' dove ti porta il Ministero*, *cit.*

Se, infatti, non vi è più alcuno spazio per operazioni ermeneutiche confliggenti con il dato letterale della disposizione del Decreto del fare, emergono, tuttavia, dubbi circa la sopravvivenza in futuro della stessa norma. Restano, invero, ferme le perplessità già espresse in merito all'esclusione *de qua* – riferite all'interpretazione restrittiva, ma ora estendibili alla espressa previsione normativa - sotto il profilo della illegittimità costituzionale e, in particolare, circa la compatibilità con il principio di uguaglianza. La stessa determina, infatti, per i dipendenti dell'appaltatore una *«indubbia diminutio di tutela»* nel caso in cui il committente sia una stazione appaltante rispetto all'ipotesi in cui l'opera o il servizio siano commissionati da un soggetto privato, in quanto i primi *«nell'ipotesi di inadempimento dell'imprenditore rispetto a obblighi retributivi e contributivi, non potrebbero (...) far leva sulla concorrente responsabilità della stazione appaltante, opzione consentita nel diverso caso di appalto privato, con una evidente disparità di trattamento per i lavoratori nelle due situazioni ed una condizione di favore per l'ente pubblico»*¹⁸⁰.

Come anche in giurisprudenza è stato evidenziato, l'art. 29 detta un generale principio di tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori di opere

¹⁸⁰R. SQUEGLIA, *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità solidale tra pubblica amministrazione ed appaltatore*, cit. Cfr. pure C. LANZINGER, *La responsabilità solidale della Pubblica Amministrazione con l'appaltatore inadempiente*, ove si legge che sciogliere la Pubblica Amministrazione dal vincolo di cui all'art. 29 della Legge Biagi comporta due discriminazioni: una riguardante il diverso tenore di responsabilità tra committente pubblico e privato, l'altra relativa alle differenti garanzie tra i lavoratori che prestano la propria opera nell'ambito di un appalto pubblico rispetto a quelli di appaltatori con committenza privata.

o servizi e *«La esclusione della applicazione di questa regola quando committente sia una pubblica amministrazione è priva di qualsiasi ragionevolezza. La cosa altro non verrebbe a creare se non una ingiustificata discriminazione fra i dipendenti di una stessa impresa di servizi insolvente a seconda che essi vengano impiegati presso committenti privati o presso committenti pubblici. La natura del committente nulla giustifica in relazione alla situazione dei lavoratori da proteggere»*¹⁸¹.

Si evidenzia, tuttavia, l'orientamento contrario, per cui la disparità di trattamento non contrasta con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione in ragione delle *«evidenti differenze fra appalto pubblico e appalto privato (per quanto riguarda i margini di discrezionalità, le procedure di scelta, le garanzie previste per i due casi)»*¹⁸².

Ed è del resto innegabile che la selezione dei contraenti negli appalti pubblici, a differenza di quelli privati, ha luogo attraverso procedure ad evidenza pubblica volte *«a garantire l'individuazione, trasparente ed imparziale, del soggetto maggiormente idoneo a contrattare con la pubblica amministrazione»*¹⁸³.

Inoltre, come già ampiamente illustrato, il legislatore ha introdotto delle prescrizioni dirette ad assicurare l'aggiudicazione delle gare d'appalto

¹⁸¹Trib Torino, Sez. Lavoro, 17 maggio 2011, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*. In questo senso, in dottrina, C. LANZINGER, *La tutela del credito da lavoro negli appalti con il committente pubblico*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, cit.

¹⁸²Trib. Brescia, 15 ottobre 2010, cit. Così A. MUTARELLI, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del D. Lgs. n. 267/2003 alla Pubblica Amministrazione quale stazione appaltante*, cit.

¹⁸³R. SQUEGLIA, *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità solidale tra pubblica amministrazione ed appaltatore*, cit.

pubblico a condizioni economiche tali da coprire i costi del lavoro – da intendersi nell’accezione più ampia – oltre a un adeguato utile per l’appaltatore¹⁸⁴.

Ma, soprattutto, ha introdotto alcune prescrizioni, riguardanti esclusivamente i pubblici appalti, che probabilmente renderanno la tutela dei lavoratori negli stessi impiegati ancora più incisiva di quella delineata per gli altri lavoratori. Ci si riferisce, in particolare, all’intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza contributiva e retributiva dell’esecutore e del subappaltatore, regolato dal D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 che, agli artt. 4 e 5¹⁸⁵, cui verrà dedicato l’ultimo paragrafo del presente capitolo.

Diviene, in quest’ottica, rilevante stabilire se la minor tutela dei lavoratori con riguardo agli appalti pubblici sia effettivamente controbilanciata dal complesso di norme a presidio della scelta dell’appaltatore o del concessionario – tra cui quella che impone la verifica della sussistenza del requisito della regolarità contributiva – che dovrebbe garantire l’affidabilità e la solvibilità dell’aggiudicatario anche sotto il profilo dell’adempimento degli obblighi nei confronti dei dipendenti¹⁸⁶. Ovvero dalle altre

¹⁸⁴Cfr. A. MUTARELLI, *Per l’inapplicabilità dell’art. 29 del D. Lgs. n. 267/2003 alla Pubblica Amministrazione quale stazione appaltante*, cit., ove si richiamano il «sistema autonomo di garanzie negli appalti pubblici in favore dei lavoratori dell’appaltatore» e i «vincoli di progettazione e di costi per singola opera con sistemi di garanzia a presidio della stabilità dell’importo oggetto di appalto».

¹⁸⁵Cfr. A. MUTARELLI, *Per l’inapplicabilità dell’art. 29 del D. Lgs. n. 267/2003 alla Pubblica Amministrazione quale stazione appaltante*, cit.

¹⁸⁶R. SQUEGLIA, *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità solidale tra pubblica amministrazione ed appaltatore*, cit.

disposizioni che pure disciplinano i rapporti tra i soggetti coinvolti negli appalti pubblici al fine di impedire la violazione degli obblighi datoriali.

Si pone, peraltro, una nuova questione interpretativa, non precisando l'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003 *«se la esclusione dal regime di responsabilità solidale riguarda solo la pubblica amministrazione committente o anche gli affidatari privati che subappaltino ad esecutori privati una parte della attività»*. Si pone cioè il problema di stabilire se l'esclusione riguarda o meno tutti i soggetti coinvolti nell'appalto pubblico¹⁸⁷.

La questione non è di facile soluzione posto che l'applicazione dell'art. 29 in parola agli ausiliari dei subappaltatori comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento tra i lavoratori impiegati nell'esecuzione delle prestazioni oggetto dello stesso appalto, che riceverebbero una minore o maggiore tutela a seconda del ruolo, di appaltatore o subappaltatore, del proprio datore di lavoro.

4. SEGUE. LA SOLIDARIETÀ FISCALE.

Per quanto concerne le altre disposizioni che costituiscono il *corpus* normativo della responsabilità solidale negli appalti, se non è mai stata esclusa l'applicazione alle Pubbliche Amministrazioni dell'art. 26 del D. Lgs. n. 81/2008 in tema di sicurezza sul lavoro, né, ovviamente, dell'art.

¹⁸⁷G. GAMBERINI, *Responsabilità solidale negli appalti: va' dove ti porta il Ministero*, cit.

118 del D. Lgs. n. 163/2006 – in ragione della sua collocazione sistematica – lo stesso non può dirsi del già richiamato art. 35 del Decreto Bersani.

Come già si è accennato nel precedente paragrafo, la norma ha subito numerosi interventi di modifica e attualmente prevede che l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento «*delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto*»¹⁸⁸. Al comma 28-*bis* pone, altresì, in capo al committente, precisi oneri di verifica dell'esecuzione dei suddetti adempimenti nei confronti del fisco da parte dei subappaltatori stabilendo severe sanzioni amministrative pecuniarie per il caso in cui il pagamento del corrispettivo venga effettuato senza che i debiti erariali in parola siano stati onorati.

Per un brevissimo periodo¹⁸⁹ il legislatore aveva ampliato la sfera dei soggetti responsabili ricomprendendovi anche i committenti e, quindi, in assenza di una specifica previsione sul punto, la disposizione era stata considerata estendibile anche ai committenti pubblici. Dopo solo alcuni mesi, tuttavia, tale specifica previsione non solo è stata eliminata, ma, al

¹⁸⁸Si tratta di una responsabilità fiscale limitata essendo venuta meno la previsione del vincolo di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore per il versamento all'erario dell'imposta sul valore aggiunto. Per la ricostruzione delle modifiche apportate alla norma si rinvia al paragrafo precedente.

¹⁸⁹Si consideri che la inclusione dei committenti nel novero dei soggetti responsabili veniva operata con il D.L. n. 16/2012 del 2 marzo 2012, convertito in L. n. 44/2012 del 26 aprile 2012 mentre la previsione veniva eliminata con il D.L. n. 83/2012 del 22 giugno 2012, così come convertito in L. n. 134/2012 del 7 agosto 2012.

comma 28-ter, è stata sancita l'inapplicabilità dei commi 28 e 28-bis alle stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Pertanto, il pagamento delle stazioni appaltanti così individuate certamente non può essere «*subordinato alla verifica dell'avvenuto assolvimento degli obblighi fiscali relativi ai rapporti di lavoro*» contemplati dalla norma¹⁹⁰.

Il riferimento alle stazioni appaltanti e non gli appalti pubblici in generale¹⁹¹ non sembra consentire, invece, di sottrarre alla disciplina in parola anche gli altri soggetti dell'appalto, per cui deve ritenersi che, anche nel caso in cui il contratto di appalto sia pubblico, il rapporto tra appaltatore e subappaltatore resti assoggettato all'art. 35 D. L. n. 223/2006¹⁹².

5. L'OPERATIVITÀ DELLA GARANZIA GENERALE EX ART. 1676 C.C.

Dalle osservazioni che precedono discende che negli appalti pubblici la tutela dei lavoratori, sotto il profilo dei centri di imputazione delle responsabilità per il mancato adempimento degli obblighi datoriali, resta

¹⁹⁰G. F. MAIELARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, cit.

¹⁹¹Il comma 28-ter, anzi, include espressamente nella sua sfera applicativa i “contratti” stipulati dai soggetti di cui all'art.74 del D.P.R. 917/1986 (cioè organi e amministrazioni dello Stato, comuni, consorzi tra enti locali, province e regioni, etc.), mentre stabilisce poi l'inapplicabilità dei precedenti commi alle “stazioni appaltanti”.

¹⁹²La questione non è stata chiarita nelle due circolari emanate in merito dall'Agenzia delle entrate (n. 40/E del 2012 e n. 2/E del 2013).

ancorata fondamentalmente alla previsione di cui all'art. 1676 c.c.¹⁹³.

Come già chiarito, si tratta di una disposizione in base alla quale coloro che hanno svolto attività lavorativa alle dipendenze dell'appaltatore nell'esecuzione di un'opera o nella prestazione di un servizio possono agire nei confronti del committente al fine di conseguire il pagamento di quanto loro dovuto *«fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore al tempo in cui essi propongono la domanda»*.

I presupposti per l'esercizio dell'azione, così come individuati dalla Corte di Cassazione, sono: *«1) l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) alle dipendenze di un imprenditore che, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, esercita una attività diretta al compimento di un'opera o di un servizio nei confronti di un determinato committente verso un corrispettivo (art. 1655 c.c.); 2) l'esecuzione della prestazione lavorativa per il compimento di quella particolare opera o di quello specifico servizio commissionati da quel determinato committente; 3) l'esistenza di un credito di lavoro in capo ai suddetti lavoratori, inadempito da parte dell'appaltatore-datore di lavoro (artt. 2099 e segg. c.c.); 4) in pari tempo, l'esistenza di un credito dell'appaltatore verso il committente in relazione al compimento dell'opera*

¹⁹³È la posizione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali espressa, da ultimo, nella Circolare n. 35/2013. In dottrina, cfr. E. MASSI, *Responsabilità solidale negli appalti dopo le ultime abrogazioni*, in *La Circolare di lavoro e previdenza*, n. 24, 2008, p. 17.

*o del servizio commissionatigli (art. 1657 c.c.)»*¹⁹⁴.

Quanto al primo presupposto, va evidenziato che, a differenza di quanto è ora previsto dall'art. 29 della Legge Biagi – riferito a tutti i lavoratori impiegati nell'appalto, compresi quelli autonomi¹⁹⁵ – i destinatari dell'art. 1676 c.c. sono solo i lavoratori subordinati, restando esclusi da questa forma di tutela i lavoratori autonomi, i professionisti, i fornitori di materiali, i subappaltatori, ma anche e soprattutto i lavoratori c.d. parasubordinati (ad es. lavoratori a progetto e associati in partecipazione)¹⁹⁶.

Inoltre, secondo la prevalente giurisprudenza, possono avvalersi dell'istituto anche i dipendenti dei subappaltatori i quali non hanno, tuttavia, azione diretta nei confronti del committente, bensì nei confronti del subcommittente o subappaltante¹⁹⁷. A sostegno di tale conclusione la Suprema Corte pone in primo luogo il dato letterale, osservando che l'art.

¹⁹⁴Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*

¹⁹⁵Per le critiche alla espressa estensione dell'applicazione della norma ai lavoratori autonomi V. G. GAMBERINI, *Responsabilità solidale negli appalti: va' dove ti porta il Ministero*, *cit.* In proposito, si evidenzia che la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 35/2013, partendo dal presupposto che la *ratio* dell'istituto della solidarietà è la tutela dei lavoratori per i quali gli obblighi previdenziali e assistenziali sono prevalentemente assolti dal datore di lavoro, afferma che la norma non può riferirsi ai lavoratori autonomi, tenuti in via esclusiva all'assolvimento dei detti oneri, ma solo ai co.co.co e co.co.pro.

¹⁹⁶Cfr. Corte App. Napoli 7 maggio 1956, in *Giustizia Civile*, 1956, pag. 951. Cfr. C. ROSSI CHAUVENET, *La legittimazione all'azione diretta a tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2011, 4, 269, ove si evidenzia l'opinione contraria di chi rinviene nell'espressione «ausiliari dell'appaltatore» un riferimento anche ai lavoratori non subordinati.

¹⁹⁷Cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, 22 giugno 2012, n. 10439, ove si fa specifico riferimento al subappalto di lavori pubblici. Nello stesso senso, Trib. Genova, Sez. lavoro, 21 febbraio 2009; Cass. civ., Sez. lavoro, 9 agosto 2003, n. 12048. Tutte le sentenze citate sono reperibili in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*. Sul punto cfr. L. CASELLA – G. SCUDIER – V. VARNIER, *La tutela dei lavoratori negli appalti di lavori, servizi, forniture e nell'edilizia, Dal Decreto Bersani alla Legge Finanziaria 2007*, Padova, 2007.

1676 c.c. si riferisce all'appalto in generale e, quindi, anche al subappalto che altro non è che *«un vero e proprio appalto, con l'unica particolarità che, quale contratto derivato, lo stesso dipende dal contratto che ne costituisce il presupposto, di identica natura, stipulato a monte»*¹⁹⁸. La Corte di Cassazione fa leva, altresì, sulla *ratio* della norma *«ravvisabile nell'esigenza di assicurare una particolare tutela in favore dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a preservarli dal rischio dell'inadempimento di questi - esigenza che ricorre identica nell'appalto e nel subappalto»*¹⁹⁹.

Con riferimento, poi, al credito per il quale l'azione può essere proposta, la responsabilità del committente concerne solo i crediti maturati dal lavoratore in forza dell'attività svolta per l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio oggetto dell'appalto²⁰⁰ e non anche *«i crediti che gli ausiliari stessi abbiano maturato in relazione ad altre attività svolte comunque alle dipendenze dell'appaltatore»*²⁰¹. Deve trattarsi, inoltre, di crediti retributivi ovvero, eventualmente, risarcitori²⁰² non potendo, invece, essere rivendicato, mediante l'azione in parola, l'adempimento di obblighi

¹⁹⁸ Così Cass. civ., Sez. lavoro, 9 agosto 2003, n. 12048, *cit.*

¹⁹⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, 22 giugno 2012, n. 10439, *cit.* Cfr. pure Cass. Civ., Sez. Lavoro, 2001, n. 3559, *cit.*

²⁰⁰ Cfr. C. ROSSI CHAUVENET, *La legittimazione all'azione diretta a tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore*, *cit.*

²⁰¹ Cfr. M. SCILLIERI, *Contratto di factoring e azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente ex art. 1676 Cod. Civ.*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, 3, 863. La precisazione è rinvenibile anche in Cass. Civ., Sez. Lavoro, 19 novembre 2010, n. 23489, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*.

²⁰² Così F. CAPURRO, *Profili di costituzionalità della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti*, *cit.*

contributivi o fiscali²⁰³. Ed in ciò si ravvisa un'altra fondamentale differenza rispetto al regime applicabile ai lavoratori impiegati in contesti privati, che possono, invece, agire *ex art. 29 D. Lgs. n. 276/2003*, per conseguire tutti gli emolumenti, compresi i trattamenti di fine rapporto *«nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili»*.

Ulteriore presupposto dell'azione *ex art. 1676 c.c.* è l'esistenza di un credito dell'appaltatore verso il committente per l'esecuzione dell'opera o del servizio commissionata, che ne segna anche il limite quantitativo e al contempo, indirettamente, temporale²⁰⁴.

Da un lato, infatti, la domanda non potrà eccedere l'importo delle somme ancora dovute dal committente all'appaltatore, se non per la parte imputabile alla rivalutazione e agli interessi pure dovuti al lavoratore²⁰⁵.

Dall'altro – se è vero che alla fattispecie si applica il termine ordinario di prescrizione di cinque anni o il diverso termine di prescrizione relativo al credito azionato²⁰⁶ – l'azione non potrà più essere proposta una volta che il pagamento dell'intero prezzo dell'appalto abbia avuto luogo.

²⁰³L. CASELLA – G. SCUDIER – V. VARNIER, *La tutela dei lavoratori negli appalti di lavori, servizi, forniture e nell'edilizia, Dal Decreto Bersani alla Legge Finanziaria 2007*, cit.

²⁰⁴Cfr. V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit.

²⁰⁵Cass. civ., 19 aprile 2006, n. 9048, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale* ove è, infatti, chiarito che il committente è tenuto a pagare al lavoratore anche gli interessi e la rivalutazione anche se, computando detti elementi, l'importo complessivo dovuto superi il debito verso l'appaltatore.

²⁰⁶Così F. CAPURRO, *Profili di costituzionalità della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti*, cit.

Anche sotto questo profilo, pertanto, l'istituto di cui all'art. 29 D. Lgs. n. 276/2003 offre maggiori garanzie ai dipendenti di appaltatori privati, che possono agire senza limitazioni di carattere quantitativo.

Sempre con riferimento al credito dell'appaltatore nei confronti del committente, in giurisprudenza è stato sostenuto che l'ausiliario che propone l'azione ha l'onere di provare l'ammontare dello stesso all'epoca della domanda, non essendo sufficiente che egli dimostri la sussistenza di un contratto di appalto e, quindi, di un rapporto tra le parti di debito/credito corrispondente al prezzo pattuito²⁰⁷. La tesi è criticata da chi ne evidenzia il contrasto con il divieto di prova negativa ex art. 2697, 1° comma, c.c. in quanto detto onere probatorio consisterebbe nel provare che il committente è tuttora debitore dell'appaltatore e quindi a «*dimostrare l'assenza di fatti estintivi o modificativi dell'obbligazione di pagamento del prezzo dell'appalto; e cioè in un inammissibile onere di prova negativa*»²⁰⁸.

Per quanto attiene alla natura giuridica, l'azione in esame si configura come autonoma e diretta in quanto è esercitata dal lavoratore «*in nome proprio, nel proprio interesse e nell'esercizio di un diritto proprio*»²⁰⁹, autonomo

²⁰⁷ Così Trib. Torino, 15 settembre 1999, con [Nota sui limiti sostanziali di proponibilità dell'azione ex art. 1676 c.c.](#), in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 2. Sul punto, cfr. I. P. CIMINO, *Manuale operativo per la tutela del credito*, Halley Editrice, 2006.

²⁰⁸ *Nota sui limiti sostanziali di proponibilità dell'azione ex art. 1676 c.c.*, cit. ove si sostiene che dovrebbe essere invece il committente a dover opporre i fatti suscettibili di paralizzare le pretese dell'ausiliario.

²⁰⁹ Cass. civ., 10 luglio 1984 n. 4051, richiamata anche in Cass. Civ., Sez. Lavoro, 9 agosto 2003, n. 12048, cit.

rispetto a quello dell'appaltatore²¹⁰, che la legge gli riconosce direttamente e non in sostituzione del proprio debitore, tanto è vero che *«gli effetti economici dell'azione si trasmettono automaticamente nella sfera giuridica degli ausiliari»* e non incidono sul patrimonio dell'appaltatore²¹¹. *«Pur rientrando nel vasto quadro della sostituzione in senso ampio»*²¹² differisce, quindi, strutturalmente dall'azione surrogatoria prevista dall'art. 2900 c.c. che viene, invece, proposta dal creditore in sostituzione del debitore per far valere un diritto di quest'ultimo e far acquisire al patrimonio del sostituito il bene oggetto della lite onde soddisfarsi su questo solo successivamente²¹³.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, con la proposizione dell'azione *de qua* si determina *«più che la sostituzione di un creditore all'altro, l'aggiunta di un altro debitore, fermo restando il diritto dei dipendenti di rivolgersi anche contro l'appaltatore»*²¹⁴.

Più precisamente, nel momento in cui vengono in essere tutti i presupposti dell'esercizio dell'azione, *«immediatamente si determina la nascita di un rapporto diretto fra i lavoratori e il committente, che si aggiunge, sovrapponendosi, all'originario rapporto e che impedisce a quest'ultimo, una volta che il committente ne sia stato reso edotto tramite la domanda rivoltagli, di spiegare l'efficacia sua propria (ciò in vista della sua*

²¹⁰Cfr. D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, cit.

²¹¹Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, cit. Così, in dottrina, D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 2007, 521 ss.

²¹²Cass. Civ., 10 luglio 1984, n. 4051, cit.

²¹³Cfr. I. P. CIMINO, *Manuale operativo per la tutela del credito*, cit.

²¹⁴Cass., 6 marzo 1985, n. 1857, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*

definitiva estinzione, i cui effetti si consumano con il pagamento eseguito ai lavoratori)»²¹⁵.

Ne discende che, una volta che i lavoratori abbiano proposto, anche stragiudizialmente²¹⁶, la domanda *ex art.* 1676 c.c., risulterà preclusa ogni altra iniziativa individuale, a prescindere dal soggetto – appaltatore o suoi creditori – da cui provenga e indipendentemente dal mezzo processuale impiegato²¹⁷. Quindi, per un verso, l'appaltatore non potrà più agire per ottenere l'adempimento del credito vantato nei confronti del committente²¹⁸, così come il committente non potrà più pagare all'appaltatore stesso e, laddove paghi, non sarà liberato dall'obbligazione verso i suddetti ausiliari²¹⁹. Per un altro verso, il giudizio che ne deriva è *«insensibile sia alle sorti dell'appaltatore, che nel frattempo potrebbe anche fallire con ciò rimanendo impregiudicata l'azione de qua, sia a un'eventuale cessione a terzi del credito che l'appaltatore ha nei confronti del committente»²²⁰.*

Analogamente, *«gli altri creditori dell'appaltatore, che pure hanno la possibilità di soddisfarsi sulle somme dovute dal committente previo esercizio dell'azione surrogataria, tuttavia perdono questa facoltà qualora*

²¹⁵Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*

²¹⁶Così Cass. Civ., Sez. lavoro 19 aprile 2006 n. 9048, *cit.*; 22 giugno 2012, n. 10439, *cit.*

²¹⁷Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*

²¹⁸Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.* ove si precisa che non potrà nemmeno mettere in esecuzione il titolo esecutivo eventualmente conseguito.

²¹⁹Da ultima, Cass. civ., Sez. lavoro, 22 giugno 2012, n. 10439, *cit.*

²²⁰V. F. CAPURRO, *Profili di costituzionalità della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti*, *cit.*

da parte degli aventi diritto sia stata già esercitata l'azione di cui si discute»²²¹.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, un diverso ragionamento tradirebbe la *ratio* dell'istituto, che è quella di attribuire una tutela rafforzata a «*una categoria di soggetti particolarmente deboli*»²²² – vale a dire i lavoratori subordinati che hanno prestato la loro attività lavorativa nella realizzazione dell'opera o nell'esecuzione del servizio – rendendo il credito da questi vantato nei confronti del committente indisponibile, così da «*preservarli dal rischio dell'inadempimento o, peggio ancora, dell'insolvenza del datore di lavoro*»²²³.

Pertanto, neanche la dichiarazione di fallimento può incidere sull'azione in parola una volta che la stessa sia stata proposta²²⁴. Invero, sebbene l'art. 52 della Legge fallimentare stabilisca che con la dichiarazione di fallimento si apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, per cui non sono ammissibili azioni contro quest'ultimo in sedi diverse da quella fallimentare, la disposizione non può trovare applicazione per le azioni autonome tra terzi, quali l'ausiliario e il committente, in relazione a somme di danaro che, non essendo state ancora corrisposte all'originario creditore,

²²¹Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*

²²²Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*

²²³Cfr. L. IMBERTI, *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il D.L. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, *cit.*, per cui «*se l'azione ex art. 1676 c.c. è già stata promossa, non ricorre nei confronti della stessa alcun profilo di improcedibilità, né sussistono violazioni della par condicio creditorum prevista dalla legge fallimentare o - tantomeno - vizi di costituzionalità dell'art. 1676 c.c. con riferimento alla violazione dell'art. 3 Cost. per lo specifico beneficio accordato ad alcuni lavoratori*».

²²⁴Cass. civ., Sez. lavoro, 22 giugno 2012, n. 10439, *cit.*

fanno parte del patrimonio non già dell'appaltatore/datore di lavoro fallito, ma del committente²²⁵. Stante l'inapplicabilità dell'art. 52 della Legge fallimentare, per l'autonomia dell'azione rispetto a quella esperibile nei confronti dell'appaltatore, resta ferma la competenza del giudice del lavoro anche nel caso in cui sopravvenga il fallimento di quest'ultimo²²⁶.

Considerazioni simili valgono per l'ipotesi di cessione del credito dell'appaltatore anche rispetto al quale, secondo l'opinione consolidata in giurisprudenza, assume rilievo il momento della notifica nel senso che il committente potrà pagare al cessionario con effetto liberatorio fino alla proposizione della domanda dei lavoratori, mentre dopo la stessa sarà legittimato a rifiutare il pagamento²²⁷.

L'art. 1676 c.c. non pone limiti con riferimento alla natura del committente, che può quindi essere un imprenditore o un datore di lavoro, ma anche una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale, così come può essere un soggetto privato o pubblico.

Invero, la tesi dell'esperibilità dell'azione contemplata dalla norma nei confronti di stazioni appaltanti in passato non è stata unanimemente

²²⁵Tra le altre, Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*

²²⁶Tra le altre, Cass. Civ., Sez. lavoro, 4 settembre 2000, n. 11607, *cit.*; 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*; 14 dicembre 1998, n. 12551; 24 ottobre 1996 n. 9303.

²²⁷Cass., 14 giugno 2002, n. 8608, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*; Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, in in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2192. Sul punto v. M. SCILLIERI, *Contratto di factoring e azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente ex art. 1676 Cod. Civ.*, *cit.*, ove si evidenzia come l'azione sia esperibile nei limiti del debito sussistente "al tempo della domanda" e che una volta «*estintosi il credito per intervenuta cessione, gli ausiliari dell'appaltatore non godono più di quegli strumenti di protezione differenziata e diretta nei confronti del committente che è l'art. 1676 Cod. Civ.*».

condivisa in quanto considerata incompatibile con l'art. 351 della Legge 20 marzo 1965 n. 2248 (Legge sui Lavori pubblici), che escludeva la possibilità per i creditori degli appaltatori di opere pubbliche di sequestrare le somme dovute per i lavori commissionati²²⁸. L'orientamento – che la Corte di Cassazione aveva già smentito²²⁹ richiamando l'espressa previsione, all'art. 357 della stessa legge, della possibilità di «*pagare direttamente la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall'impresario rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta nel termine consueto pei pagamenti di tali mercedi*» – può ritenersi completamente superato dall'abrogazione del detto art. 351²³⁰.

6. L'INTERVENTO SOSTITUTIVO DELLA STAZIONE APPALTANTE IN CASO DI INADEMPIENZA CONTRIBUTIVA E RETRIBUTIVA DELL'ESECUTORE E DEL SUBAPPALTATORE

La minore tutela del lavoro nell'ambito dei contratti pubblici, legata all'inoperatività degli istituti della responsabilità solidale tra appaltatore e committente di cui all'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003 e all'art. 35 del D. L. n. 223/2006, è stata in parte compensata dalla presenza nel nostro

²²⁸CASELLA L. - SCUDIER G.- VARNIER V., *La tutela dei lavoratori negli appalti di lavori, servizi, forniture e nell'edilizia, Dal Decreto Bersani alla Legge Finanziaria 2007*, p. 15 e ss., *cit.*, ove si rinviene una approfondita trattazione della questione.

²²⁹Tra le altre, Cass. Civ., 10 marzo 2001 n. 3559, *cit.*.

²³⁰Ad opera del D. Lgs. n. 163/2006, art. 256. L'art. 357 era stato già abrogato dal D.P.R. n. 554 del 1999.

ordinamento di alcune prescrizioni dettate a specifica salvaguardia dei dipendenti dei contraenti della Pubblica Amministrazione, interessate da recenti interventi che ne hanno ampliato la portata.

Già il Capitolato generale per i lavori pubblici di cui al D.M. 19 aprile 2000 n. 145, all'art. 7, riferendosi ai contratti aventi ad oggetto i lavori pubblici, sanciva l'obbligo per la stazione appaltante di operare una ritenuta dello 0,50 per cento *«sull'importo netto progressivo dei lavori»* a garanzia dell'osservanza da parte dell'appaltatore delle norme sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori, gravandola dell'onere di provvedere al pagamento – *«a valere sulle ritenute suddette»* - di quanto dovuto agli enti previdenziali per le inadempienze dagli stessi accertate.

Ai sensi dell'articolo in parola, inoltre, le ritenute effettuate nei termini sopra descritti potevano essere svincolate *«in sede di liquidazione del conto finale, dopo l'approvazione del collaudo provvisorio»* solo nel caso in cui gli enti competenti suddetti non avessero comunicato *«all'amministrazione committente eventuali inadempienze entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta del responsabile del procedimento»*.

Nello stesso Capitolato si rinveniva la regolamentazione di un potere sostitutivo della stazione appaltante anche per l'ipotesi di mancata corresponsione della retribuzione per cui ove l'appaltatore, invitato a provvedervi per iscritto dal responsabile del procedimento, non avesse effettuato il detto pagamento entro i successivi quindici giorni, senza

contestare formalmente e motivatamente la legittimità della richiesta entro lo stesso termine, la stazione appaltante avrebbe potuto «pagare anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'appaltatore in esecuzione del contratto»²³¹.

Le suddette disposizioni, applicabili soltanto al settore dei lavori pubblici, sono state abrogate dal D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 che, agli artt. 4 e 5, ne ha, tuttavia, riprodotto sostanzialmente il contenuto estendendone l'applicazione anche ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture²³².

La nuova normativa ha, invero, una portata più vasta di quella sopra menzionata riferendosi anche al subappaltatore²³³, oltre che all'appaltatore, e onerando entrambi del rispetto di tutte le prescrizioni a tutela dei lavoratori con richiamo espresso a quelle concernenti la “contribuzione” e la “retribuzione”; rispetto che, pertanto, rappresenta per l'appaltatore una specifica obbligazione accessoria cui corrispondono specifici compiti di vigilanza in capo ai committenti pubblici.

In particolare, il cennato Decreto, all'art. 4 – rubricato “*Intervento*

²³¹Cfr. l'art. 13 D.M. 19 aprile 2000 n. 145.

²³²È il Regolamento di esecuzione ed attuazione del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i., ovvero il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, che ha abrogato l'intero Capitolato generale per i lavori pubblici di cui al D.M. 19 aprile 2000 n. 145. Sull'argomento, cfr. C. MOTTIN, M. ANTONIOL, *Appalti di servizi e forniture. Le novità introdotte dal D.P.R. n. 207/2010*, 2011, Exeo, pag. 18 e ss.

²³³Cfr. Parere AVCP, AG 10/12 dell'11/07/2012, ove si legge: «sotto il profilo teleologico (...) le predette disposizioni perseguono finalità generali, che vanno al di là della specifica tipologia di contratto pubblico oggetto di affidamento, e sono propriamente volte a garantire l'osservanza della disciplina lavoristica e delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali da parte dell'impresa esecutrice di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e del subappaltatore».

sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza contributiva dell'esecutore e del subappaltatore” – stabilisce che laddove, in sede di controllo del possesso dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto, il responsabile del procedimento acquisisca un «*documento unico di regolarità contributiva che segnali un'inadempienza contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, il medesimo trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza*», che dovrà poi versare direttamente agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile.

La Stazione appaltante dovrà, in ogni caso, operare una ritenuta dello 0,50 per cento sull'importo netto progressivo delle prestazioni, da svincolare soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o della verifica di conformità, e previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

Il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali ha fornito le modalità concrete di attuazione della normativa chiarendo che la stazione appaltante, una volta ricevuto un D.U.R.C. attestante l'irregolarità dell'esecutore o del subappaltatore, deve comunicare alla sede INPS che ha accertato l'inadempienza – per posta elettronica certificata e utilizzando uno specifico modello – la volontà di attivare l'intervento sostitutivo, indicando anche l'importo che intende versare all'Inps²³⁴. Detto importo corrisponderà a

²³⁴Il tema è affrontato nella circolare n. 3/2012 del 16.02.2012 adottata dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, nella Nota Prot. n. 60010.21/03/2012.0002029 del 21

quello che avrebbe dovuto essere liquidato dalla stazione appaltante in relazione alla fase del contratto²³⁵ e, nel caso in cui lo stesso non “copra” interamente le irregolarità accertate nel DURC – ferma restando l’operatività dell’istituto anche in tale ipotesi – il pagamento nei confronti di ciascun Ente dovrà essere effettuato in proporzione alle irregolarità dell’operatore economico segnalate nel documento stesso²³⁶.

La funzione della comunicazione è quella di consentire «*di rimodulare i crediti in questione laddove un’altra stazione appaltante sia intervenuta “ripianando” anche solo in parte le posizioni dell’appaltatore nei confronti di Inps, Inail e Casse edili*»²³⁷.

In riscontro alla comunicazione preventiva, la struttura INPS competente fornirà tutte le indicazioni utili alla definizione dell’intervento sostitutivo e confermerà l’importo da versare indicato dalla stazione appaltante ovvero ne indicherà uno di minor valor nel caso siano intervenuti pagamenti sulla posizione contributiva nelle more del perfezionamento del procedimento dell’intervento sostitutivo.

marzo 2012 fornita dall’INAIL e nella Circolare n. 54 adottata dall’Inps il 13/04/2012, che contengono le modalità concrete di attuazione della normativa in commento.

²³⁵ Circa l’importo da corrispondere cfr. S. BIANCARDI, *Guida operativa agli appalti di servizi e forniture*, Maggioli, 2012, p. 252, ove si sostiene che i pagamenti mediante intervento sostitutivo dovrebbero essere al netto dell’IVA sui corrispettivi dell’impresa inadempiente, che dovrà essere invece versata a quest’ultima in quanto solo in questo modo la fattura potrà dirsi regolarizzata e sorgerà l’obbligo di versamento dell’imposta all’erario.

²³⁶ G. BONATI, *Amministrazione del personale*, 2012, Il Sole 24 ore, p. 153.

²³⁷ Cfr. I. FILIPPETTI, *Irregolarità del DURC e intervento sostitutivo della stazione appaltante*, 19/04/2012, in www.diritto.it.

A pagamento avvenuto, laddove non sia più riscontrabile un'esposizione debitoria dell'appaltatore e, quindi, a fronte di una certificazione di regolarità contributiva, la stazione appaltante potrà effettuare il versamento della somma eventualmente residua all'appaltatore.

Come già precisato, l'intervento sostitutivo va attivato anche per le irregolarità contributive dei subappaltatori impiegati nel contratto. In tal caso la stazione appaltante dovrà effettuare il pagamento a favore degli Enti interessati nei limiti del valore del debito che l'appaltatore ha nei confronti del subappaltatore.

In ogni caso il pagamento sarà effettuato dalla Stazione appaltante non in proprio, ma in sostituzione del contribuente, per cui dovranno essere utilizzate le medesime modalità e le stesse specifiche previste per l'adempimento contributivo da parte dell'esecutore o del subappaltatore nei confronti dell'Inps²³⁸.

Un analogo meccanismo di tutela dei lavoratori è contemplato dal citato Regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, all'art. 5, per il caso di mancato pagamento della retribuzione dovuta ai dipendenti dell'esecutore e del subappaltatore in relazione alle prestazioni eseguite

²³⁸ In quest'ottica l'Agenzia delle Entrate, con risoluzione n. 34/E del 11 aprile 2012, ha disposto l'integrazione della "Tabella dei codici identificativi" prevista nella sezione "Contribuente" dell'attuale modello di F24 istituendo il codice 51 specifico per gli interventi sostitutivi ex art. 4 del D.P.R. n. 207/2010.

Nella compilazione dell'F24, quindi, nella sezione "Contribuente" dovranno essere indicati i dati del contribuente beneficiario del pagamento mentre nel campo "codice fiscale del coobbligato, erede, genitore, tutore o curatore" dovrà essere indicato il codice fiscale della stazione appaltante che effettua il versamento.

nell'ambito dell'appalto. La norma ricalca quasi perfettamente la corrispondente previsione del Capitolato dei lavori pubblici dalla quale differisce unicamente per il riferimento alle inadempienze del subappaltatore, che pure assumono rilievo ai fini dell'applicazione della norma.

In caso di ritardato pagamento delle retribuzione, pertanto, il responsabile del procedimento inviterà formalmente l'esecutore dell'appalto, ovvero il subappaltatore o i soggetti cui siano state affidate prestazioni o lavorazioni oggetto dell'appalto, a provvedere al pagamento entro quindici giorni, decorsi inutilmente i quali, in assenza di una contestazione formale e motivata, il soggetto aggiudicatore potrà *«pagare anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'esecutore del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto»* al medesimo.

Ove, invece, vi fosse contestazione circa la fondatezza delle richieste di pagamento, il responsabile del procedimento provvederà a compulsare la Direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione è regolata, nella fase propedeutica alla stipula dei contratti d'appalto, da norme di diritto pubblico volte, da un lato, ad assicurare il corretto svolgimento del procedimento di selezione del contraente e, dall'altro, a far sì che la scelta ricada su un soggetto che offra sufficienti garanzie di adempimento non solo delle prestazioni appaltate, ma anche di tutte le altre obbligazioni connesse alla loro esecuzione, ivi comprese quelle derivanti dai rapporti instaurati con i lavoratori.

Alla luce dell'evoluzione normativa in materia emerge, anzi, chiaramente la sempre maggiore importanza attribuita dal legislatore, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, alla condotta tenuta dagli operatori economici quali datori di lavoro.

Ci si riferisce, più precisamente, alla prevista esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica dei soggetti che abbiano violato la normativa lavoristica e previdenziale, ancorata a criteri sempre più severi, oggettivi ed astratti.

In particolare, si è assistito al progressivo irrigidimento della disciplina del requisito di partecipazione della regolarità contributiva, la cui sussistenza, in armonia con l'attuale formulazione dell'art. 38, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, va valutata avendo esclusivo riguardo ai parametri fissati dalla legge per il rilascio del DURC. In questa direzione si è mossa anche la più recente e autorevole giurisprudenza amministrativa, secondo la quale

non è configurabile in capo alle stazioni appaltanti alcun potere di apprezzamento della situazione debitoria eventualmente certificata dagli enti previdenziali, dovendo le stesse attenersi acriticamente alle risultanze del detto documento.

Analogo accentuato rigore è imposto, nell'ottica di favorire il rispetto degli obblighi datoriali, dagli ultimi numerosi interventi normativi relativi alla predisposizione degli atti di gara e alla valutazione delle offerte economiche.

La previsione secondo la quale il valore dell'appalto, così come il prezzo offerto, debba essere adeguato e congruo rispetto al costo del lavoro, è stata, infatti, affiancata dalla disposizione di cui all'art. 82, 3-bis, del D. Lgs. n. 163/2006, che – nelle gare aggiudicate con il criterio del prezzo più basso – sottrae questo tipo di costo al gioco della concorrenza sancendo che la migliore offerta va determinata mediante il confronto tra i prezzi proposti considerati al netto delle spese per il personale. La stessa norma fornisce anche i criteri oggettivi per determinarne l'ammontare richiamando i *«minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello»*. Conseguentemente, anche i concorrenti, nel formulare le proprie offerte, dovranno dare adeguata “copertura” al costo dei lavoratori da

impiegare nell'appalto così determinato.

In questo contesto si inserisce, altresì, l'art. 86 dello stesso D. Lgs. n. 163/2006, che impone alla stazione appaltante di quantificare gli oneri della sicurezza da rischi interferenziali non soggetti a ribasso – che andranno pertanto specificati negli atti di gara – e ai concorrenti di indicare nelle offerte economiche il costo relativo alla sicurezza.

La norma è stata tradizionalmente interpretata nel senso che le voci di costo da valorizzare nelle offerte sarebbero solo quelle connesse all'eliminazione dei rischi da interferenze. Questa lettura è stata, tuttavia, ribaltata dalla più recente giurisprudenza secondo la quale i concorrenti devono indicare tutti gli importi relativi alle spese da sostenere per salvaguardare la sicurezza e la salute dei lavoratori, senza distinzione tra costi da rischi specifici e costi da rischi interferenziali, di talché l'omessa indicazione nell'offerta degli uni o degli altri ne comporterà l'esclusione.

È indubbio allora che il complesso e rigido apparato di requisiti e condizioni che escludono la possibilità di concorrere alle procedure di affidamento bandite dagli enti pubblici per coloro che non presentino caratteristiche tali da garantire la gestione diligente dei rapporti con i propri dipendenti e con l'amministrazione previdenziale – anche per l'inadeguatezza delle offerte formulate rispetto al costo del personale inteso nell'accezione più ampia – offra a coloro che prestano la propria attività negli appalti con committenza pubblica una tutela rafforzata rispetto a

quelli impiegati nel campo privato.

È stata, invece, contestata la coerenza del sistema di norme che regolano gli appalti pubblici, rispetto alla detta finalità di protezione dei lavoratori, con riferimento agli istituti volti ad ottenere l'adempimento coattivo da parte dell'appaltatore o del subappaltatore delle obbligazioni discendenti dai rapporti di lavoro.

Il nostro ordinamento ha predisposto, infatti, una forma di garanzia per i lavoratori impiegati negli appalti rappresentata dalla moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità nei loro confronti, per cui alla posizione debitoria dell'appaltatore-datore di lavoro si va ad affiancare quella solidale del committente, in ragione del vantaggio che al medesimo deriva dall'esecuzione della prestazione lavorativa. Si osserva, tuttavia, una marcata differenza tra la disciplina della responsabilità solidale nell'ambito degli appalti privati – di portata ampia e particolarmente incisiva – e quella concernente gli appalti pubblici, affidata esclusivamente alla più limitata previsione di cui all'art. 1676 c.c.

Vi è dunque, sotto questo aspetto, una indubbia *diminutio* di tutela per i lavoratori nel caso in cui il committente sia una stazione appaltante rispetto all'ipotesi in cui l'opera o il servizio siano commissionati da un soggetto privato.

La minor tutela è, tuttavia, controbilanciata dall'insieme di disposizioni dirette ad aggiudicare gli appalti a soggetti affidabili, diligenti, seri e

corretti nei rapporti con i dipendenti, nonché a condizioni economiche tali da coprire i costi del lavoro. Ma, soprattutto, trova la sua giustificazione nelle prescrizioni, riguardanti esclusivamente i pubblici appalti, che prevedono l'intervento sostitutivo della stazione appaltante nell'ipotesi in cui l'appaltatore ometta di corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi dovuti o di versare i contributi previdenziali e assistenziali. Per non dire del sistema di controlli preordinati al detto intervento sostitutivo, probabilmente più efficace di qualunque azione concessa ai lavoratori al di fuori degli appalti pubblici.

Un altro aspetto critico delle restrizioni all'accesso alle procedure ad evidenza pubblica e dei vincoli posti al contenuto delle offerte economiche è quello della loro compatibilità con i principi fondamentali del nostro ordinamento e di quello comunitario.

Il problema si pone principalmente per i requisiti di partecipazione in quanto alcuni dei parametri normativi fissati per il loro accertamento non appaiono coerenti né con il principio costituzionale di uguaglianza, né con i principi comunitari di proporzionalità e ragionevolezza, non risultando idonei, in ragione della loro oggettività e astrattezza, a plasmarsi alle situazioni specifiche e, quindi, al contesto del singolo appalto.

La problematica è stata portata all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dal TAR Lombardia con riferimento ai criteri previsti per la verifica della regolarità contributiva, sulla base della considerazione

che l'omesso versamento dei contributi nella misura esigua fissata dalla legge può rivelarsi inadeguato a dimostrare l'affidabilità dell'impresa in gare di elevato valore economico. La stessa, tuttavia, concerne senza dubbio anche tutte le altre ipotesi in cui la normativa sugli appalti pubblici imponga l'osservanza di criteri di valutazione rigidi e astratti.

Analogo discorso può, infatti, farsi per la quantificazione del costo del lavoro quale componente dell'offerta economica non assoggettabile a ribasso, anch'essa legata a modalità predeterminate che non lasciano spazio a stime che si modellino sulle caratteristiche proprie della singola procedura, vale a dire sul suo oggetto e sul suo valore concreto, ovvero si adattino alla struttura dell'impresa, con riferimento al suo fatturato e alla sua capacità tecnica, organizzativa, economica e finanziaria.

L'adozione di parametri di questo tipo può, invero, comportare la lesione del principio di uguaglianza perché conduce a trattare in modo uguale situazioni molto diverse tra loro mentre l'affidabilità di un concorrente può essere apprezzata solo in concreto, avendo riguardo allo specifico appalto.

La questione resta aperta e si riproporrà con maggior vigore con l'entrata in funzione dell'AVCPass, allorquando, ai fini dell'accertamento delle condizioni di partecipazione, le stazioni appaltanti dovranno acquisire i dati e i documenti contenuti nella istituenda Banca dati dei contratti pubblici. Ove la Corte di giustizia europea dovesse accogliere la tesi del tribunale amministrativo sopra riportata si dovrebbe necessariamente escludere che

detta Banca dati possa sostituirsi all'attività valutativa della stazione appaltante cui non potrà essere negato, pertanto, un ampio margine di discrezionalità nell'apprezzamento dell'affidabilità morale e della idoneità tecnica e organizzativa dei concorrenti.

BIBLIOGRAFIA

AUTORI:

AA.VV., *Omissione di dichiarazione sul rispetto della normativa sul lavoro dei disabili ed esclusione dalla gara d'appalto*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 22/10/2013.

BACCARINI S., CHINÈ G. E PROIETTI R., a cura di, *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè editore, 2011, p. 472;

BALDI M., *Il previgente regime delle cause di esclusione per reati incidenti sulla moralità professionale negli appalti di lavori e servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 2, 233;

BERTINI F., *Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, vol. XIII, fasc. 11, 1214 ss.;

BIANCARDI S., *Guida operativa agli appalti di servizi e forniture*, Maggioli, 2012, p. 252;

BONATI G., *Amministrazione del personale*, 2012, in *Il Sole 24 ore*, p. 153;

BOSETTI B., *A volte ritornano...ecco il costo del personale negli appalti*, in *www.LeggiOggi.it*, 4 settembre 2013;

CAPURRO F., *Profili di costituzionalità della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2012, 1, p. 215;

CASELLA L. – SCUDIER G. – VARNIER V., *La tutela dei lavoratori negli appalti di lavori, servizi, forniture e nell'edilizia, Dal Decreto Bersani alla*

Legge Finanziaria 2007, Padova, 2007;

CASSANO G., *Partecipazione alle gare pubbliche e regolarità contributiva*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 4/2/2014, nota a TAR Lombardia, Sez. III, 08/01/2014, n. 11;

CASSAR S., *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2012, 11, 834;

CIMINO I. P., *Manuale operativo per la tutela del credito*, Halley Editrice, 2006;

CODEBÒ R., *Il requisito del DURC in sede di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e appalti*, 10/2010, p. 1184;

COSTANTINI S., *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. Clausole generali*, in *Ianus*, 2011, 5, p. 218;

D'HERIN H., *La plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 8; 9, 905, nota a sentenza Cons. Stato (Ad. Plen.), 04 maggio 2012, n. 8;

FERESIN E., *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2011;

FERRANTE V., BRICCHI M., *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2012, 3, p. 463 e ss.;

FERRARI G., *Sanatoria di irregolarità contributiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, IPSOA, p. 85;

FERRARI G., TARANTINO L., *Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 7, 861;

FILIPPETTI I., *Irregolarità del DURC e intervento sostitutivo della stazione appaltante*, in *www.diritto.it*, 19/04/2012;

FILIPPETTI I., *L'omessa previsione di un termine per l'aggiudicazione definitiva degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 10, 1215;

GAMBERINI G., *Responsabilità solidale negli appalti: va' dove ti porta il Ministero*, in M. TIRABOSCHI, (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, Adapt Labour Studies e-Book Series, n. 10, Adapt University Press, Modena, 2013, 242-253;

GASPARRINO F., TOSCO F., *Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti pubblici*, in *Il Fisco*, 36/2010, p. 5818;

GAVIOLI F., *Oneri sulla sicurezza: il codice degli appalti prevede l'esonero per alcune tipologie*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 30/10/2012, nota a TAR Lazio, 4 ottobre 2012, n. 8275;

GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, 133 ss.;

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, II ed.,

1993;

GIUFFRIDA A., *La valenza del DURC nelle procedure ad evidenza pubblica: valutazione discrezionale della stazione appaltante*, in *Il Foro Amministrativo TAR*, 2007, VI, fasc. 4, 11, 3360 ss.;

GRECO M., MASSARI A., *Gli appalti pubblici dopo le recenti novità e il decreto del "fare"*, in *Appalti e contratti*, Maggioli, 2013, p. 17 e ss.;

IEVA L., *Regolarità contributiva, Durc e Contratti pubblici*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1/2011, p. 33;

IMBERTI L., *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il D.L. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2008, 7, 659;

IMBRIACI S., *Solidarietà contributiva negli appalti: le istruzioni operative dell'Inps*, in *Guida al lavoro*, 2012, 34, 67;

LANZINGER C., *La responsabilità solidale della Pubblica Amministrazione con l'appaltatore inadempiente*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2010, 1, 140;

LANZINGER C., *La tutela del credito da lavoro negli appalti con il committente pubblico*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2012, 3, parte 2, p. 547;

LIPPOLIS V., *Responsabilità solidale negli appalti*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2013, 41, 2419;

LOTTI P., *Corte ce e esclusione dalla gara per irregolarità fiscale e*

contributiva: è necessaria una regola chiara, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 5, 540;

MAIELLARO G. F., *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, 277;

MANCINI G. F., *Sub art. 36*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOIA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli - Il foro italiano, Bologna-Roma, 1972, 550 ss.;

MARENGHI M. G., *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2011, p. 683;

MASSERA A., *Il “Decreto Sviluppo”*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 10/2011, p. 1049;

MASSI E., *Responsabilità solidale negli appalti dopo le ultime abrogazioni*, in *La Circolare di lavoro e previdenza*, n. 24, 2008, p. 17;

MONTUSCHI L., *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè Editore, 2007;

MOTTIN C., ANTONIOL M., *Appalti di servizi e forniture. Le novità introdotte dal D.P.R. n. 207/2010*, 2011, Exeo, pag. 18 e ss.;

MOZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 234;

MUTARELLI A., *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del D. Lgs. n. 267/2003 alla Pubblica Amministrazione quale stazione appaltante*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2010, 6, 1215;

PAGANI I., *I parametri di valutazione di gravità degli inadempimenti contributivi e previdenziali al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 12, 1310;

PAGANI I., *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità degli inadempimenti contributivi*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2012, 185;

PIETROLUONGO I., SARTORIO G., *L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 2, 222;

RICCI R., *Le irregolarità in sede di gara: spunti di riflessione, in particolare, sulla tematica della regolarità o, meglio, della irregolarità contributiva*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2011 fasc. 2, pp. 511 – 526;

ROSSI CHAUVENET C., *La legittimazione all'azione diretta a tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2011, 4, 269;

RUBINO D. – IUDICA G., *Dell'appalto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli - Foro it., 2007, 521 ss.;

SCILLIERI M., *Contratto di factoring e azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente ex art. 1676 Cod. Civ.*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, 3, 863;

SILVESTRO M., *Valenza del Durc e regolarità contributiva negli appalti pubblici alla luce della modifica apportata dal Decreto "Sviluppo" all'art. 38, comma 2, D. Lgs. 163/2006*, in *Innovazione e Diritto*, 2011, 6, 77;

SQUEGLIA R., *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità*

solidale tra pubblica amministrazione ed appaltatore, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 12, 1203;

TOMASINI C., *Costo del personale: prime indicazioni per l'applicazione dell'art. 82, comma 3-bis codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 12, 2013, 1252;

TOSI P., *Appalto di opere o di servizi e solidarietà dopo la L. n. 92/2012*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 10, 977;

VARVA S., *Sull'obbligo di sicurezza in caso di esternalizzazioni*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, II, 342;

VARVA S., *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 11 – Allegato 1, 45;

VENTURI D., *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, 3, pp. 836.

ZOPPOLATO M., *I requisiti di partecipazione ad appalti, il regolamento sulla legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000, p. 225.

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 1 giugno 1998, n. 226, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it;

Cass. civ., 10 luglio 1984 n. 4051, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass., 6 marzo 1985, n. 1857, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 28 novembre 1986, n. 7041, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 21 dicembre 1991, n. 13834, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 24 ottobre 1996 n. 9303, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 5 giugno 1997, n. 5027, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 13 agosto 1997, n. 7566, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it;

Cass. Civ., Sez. lavoro, 5 luglio 1998, n. 7333, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 14 dicembre 1998, n. 12551, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 23 aprile 1999, n. 4070, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 4 settembre 2000, n. 11607, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 10 marzo 2001, n. 3559, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass., 14 giugno 2002, n. 8608, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. civ., Sez. lavoro, 9 agosto 2003, n. 12048, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. Civ., Sez. Lavoro 19 aprile 2006 n. 9048, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. Civ., Sez. Lavoro, 19 novembre 2010, n. 23489, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. civ., Sez. Lavoro, 22 giugno 2012, n. 10439, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cass. Civ., 7 giugno 2013, n. 14468, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Cons. Giust. Amm. Sic., 30 marzo 2011, n. 287, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3733, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, V, 12 novembre 2002, n. 6254, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4202, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2004, n. 3148, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 716, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4028, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4907, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5896, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 188, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 1135, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. di Stato, Sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato Sez. IV 15 settembre 2010, n. 6907, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8065, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2010, n. 83, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 789, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5186, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. di Stato, Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 212, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. di Stato, Sez. III, 29 febbraio 2012 n. 1172, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato (Ad. Plen.), 04 maggio 2012, n. 8, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4519, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4999, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, 14 febbraio 2013, n. 911, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

TAR Veneto, I, 15 aprile 2003, n. 2401, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

TAR Lazio, Roma II, 6 luglio 2006, n. 5500, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 2 febbraio 2009, n. 182, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

TAR Lazio Roma, Sez. III bis, 05 maggio 2010, n. 9793, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

T.A.R. Friuli Venezia-Giulia 14 luglio 2011 n. 348, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

T.A.R. Lazio, sez. I-ter, 11 ottobre 2011, n. 7871, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

T.A.R. Sardegna, Sez I, 23 settembre 2011, n. 945, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza 12 luglio 2012 n. 1969, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

TAR Lombardia, Sez. I, 15 ottobre 2013, n. 2306, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

TAR Lombardia, Sez. III, 08/01/2014, n. 11, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

TRGA Trento 16 dicembre 2011, n. 317, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it;

Corte App. Napoli, 7 maggio 1956, in *Giustizia Civile*, 1956, pag. 951;

Corte Appello Torino, 26 settembre 2011, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2011, 3-4, 536;

Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2192;

Trib. Bologna, Sez. Lavoro, 8 giugno 2010, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*;

Trib. Torino, Sez. Lavoro, 17 maggio 2011, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*.

PRASSI

Agenzia delle Entrate, Risoluzione dell'11 aprile 2012, n. 34/E;

AVCP, Determinazione del 5 dicembre 2001, n. 16/23;

AVCP, Determinazione del 12 gennaio 2010, n. 1;

AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* – Audizione del 29 settembre 2011;

AVCP, Quaderno *Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, 2011;

AVCP, Determinazione del 24 novembre 2011, n. 7;

AVCP, Parere dell'8 marzo 2012, n. 27;

AVCP, Parere dell'11 luglio 2012, AG 10/12;

AVCP, Deliberazione del 20 dicembre 2012, n. 111;

AVCP, Parere del 9 maggio 2013, n. 77;

DPL Padova, Nota del 12 novembre 2004, n. 16058;

INAIL, Nota Prot. n. 60010.21/03/2012.0002029 del 21 marzo 2012;

INPS, Circolare del 13 aprile 2012, n. 54;

ITACA, *Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 82 del codice dei contratti pubblici dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del dl 69/2013*, del 19 settembre 2013;

Ministero del lavoro, Circolare del 26 giugno 2000, n. 41;

Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, Circolare del 28 marzo 2003, n. 10;

Ministero del lavoro, Interpello del 15 maggio 2009, n. 35;

Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, Circolare dell'11 febbraio 2011, n. 5;

Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, Circolare del 16 febbraio 2012, n. 3;

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Vademecum sulla L. n. 92/2012*, del 22 aprile 2013;

Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, Circolare del 29 agosto 2013, n. 35;

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Circolare del 30 ottobre 2012, n. 4536;

Regione Lazio, *Vademecum Operativo per la gestione degli appalti pubblici*.